Zur Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte im Konkurse des Fiduziars.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Werner Stauffacher

bacc. iur. in Zürich.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546827_0095

Meiner lieben Mutter
und dem Andenken meines Vaters
gewidmet

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Teil.

Die Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte nach allgemeinen Grundsätzen.

§ 1. Einleitung 1

1. Darstellung des fiduziarischen Rechtsgeschäftes.

§ 2. Unsere Konstruktion 2

a) Die Zwecke des fiduziarischen Rechtsgeschäftes.
b) Das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäftes.
c) Die rechtlichen Folgen des fiduziarischen Rechtsgeschäftes.

§ 3. Andere Konstruktionen 10

§ 4. Fiduziarisches Rechtsgeschäft, Scheingeschäft und in fraudem legis agere 11

§ 5. Das fiduziarische Rechtsgeschäft und die bestehende Gesetzgebung 14

2. Die Aussonderung im Konkurse des Fiduziars.

§ 6. Die Aussonderung als notwendige Konsequenz der Natur des fiduziarischen Rechtsgeschäftes 20

§ 7. Die Theorie und die Frage der Aussonderung 25

§ 8. Die Praxis 32

§ 9. Die Gegner der Aussonderung im besonderen 39

3. Anwendungsfälle.

§ 10. Fiduziarische Übertragung von Orderpapieren. 42

a) Einleitung.
b) Die Vertreter der Ansicht, daß durch das Indossament die Rechte aus dem Wechsel übertragen werden.
c) Das Indossament hat keine Rechteübertragungswirkung.
d) Folgen der Negation der Rechteübertragung beim Indossament.
e) Die Arten der fiduziarischen Übertragung von Orderpapieren.

Seite

§ 11. Fiduziarische Übertragung von Mobilien.
A. Die Sicherungsübereignung im allgemeinen . . . 58
a) Einleitung.
b) Literatur.
c) Beantwortung der Frage, ob in der Sicherungsübereignung eine Gesetzesumgehung zu erblicken sei.
d) Die Praxis.
B. Reine Sicherungsübereignung und Sicherungskauf 73
Anhang 80
§ 12. Fiduziarische Zession 86
§ 13. Fiduziarische Übertragung von Immobilien 88

II. Teil.

Die Regelung fiduziarischer Rechtsübertragungen durch Art. 201 SchKG.

§ 14. Die Stellung des Art. 201 zu unserer Konstruktion . . 90
§ 15. Der Art. 201 im besonderen 101

Literaturverzeichnis.

I. Bürgerliches Recht.

A. Deutsches Recht.

Biermann, Bürgerliches Recht. Bd. 1. Berlin 1908.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 1898, Bd. 2 1900.

Crome, System des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 u. 2 1900, Bd. 3 1905.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 1 1902, Bd. 2 1905, Bd. 3 1904.

Dreyer, Das fiduziarische Rechtsgeschäft. In Gruchot Bd. 40 S. 233 ff.

Dungs, Über die Rechtsstellung des Gläubigers für fremde Rechnung. In Gruchot Bd. 32 S. 8 ff.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1902.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 1903, Bd. 2 1900.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 2, 1905, in Bindings Handbuch.

Goltz, Das fiduziarische Rechtsgeschäft. Dissert. Rostock 1901.

Hellwig, Über die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 64 S. 369 ff.

Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des Deutschen Reichs. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs Bd. 8 S. 1 ff.

Kriegsmann, Der Rechtsgrund (causa) der Eigentumsübertragung nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1905.

v. Lang, Die Wirkungen der fiduziarischen Geschäfte. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 83 S. 366 ff.

Linckelmann, Die Sicherheitsübereignungen. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 7 S. 209 ff.

Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt. Berlin 1905.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1 1903, Bd. 2 1907, Bd. 3 1906.

Regelsberger, Zwei Beiträge zur Lehre von der Zession. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 63 S. 157 ff.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. 1. 1899.

Riedel, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1899.

Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht. In Jherings Jahrbüchern Bd. 43 S. 1 ff.

Schöninger, Forderungsabtretung zum Zwecke des Einzugs. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 96 S. 163 ff.

Weidemann, Zur Behandlung der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte. In der Deutschen Juristenzeitung 1906 S. 1000 ff.

Wendt, Die exceptio doli generalis im heutigen Recht. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 100 S. 1 ff.

Wienstein, Bemerkungen zum Begriffe des fiduziarischen Rechtsgeschäftes. In Gruchot Bd. 46 S. 241 ff.

Wolf, Das Bürgerliche Gesetzbuch unter Berücksichtigung der gesamten Rechtsprechung der obern Gerichte des Deutschen Reichs. Halle a. S. 1908.

B. Schweizerisches Recht.

Haberstich, Handbuch des schweizerischen Obligationenrechts. Zürich 1884.

Hafner, Das schweizerische Obligationenrecht. Zürich 1905.

Hirzel, Das constitutum possessorium mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Obligationenrechts. Dissert. Zürich 1893.

Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts. Bd. 3. 1889.

Rossel, Manuel du droit fédéral des obligations. Lausanne 1892.

Schneider u. Fick, Das schweizerische Obligationenrecht. 2 Bde. Zürich 1896.

II. Handels- und Wechselrecht.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 1903.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Bd. 2. 1901.

Endemann, Handbuch des Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. 2. 1882.

Fuß, Die Rechtsnatur des Vollgiros zu Inkassozwecken. Dissert. Kiel 1899.

Grünhut, Wechselrecht. Bd. 2, in Bindings Handbuch.

Munzinger, Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechtes, im Auftrage des Tit. Schweizer. Justiz- und Polizeidepartements verfaßt von dem Redaktor des Entwurfes. Bern 1865.

Staub, Kommentar zur allgemeinen deutschen Wechselordnung, bearbeitet von J. u. M. Stranz. 1907.

Rehbein, Allgemeine deutsche Wechselordnung. 1900.

Wächter, Das Wechselrecht des Deutschen Reichs. Stuttgart 1883.

Wieland, A., Indossament und Cession bei der Verpfändung von Orderpapieren. In der Zeitschrift für schweizerisches Recht Bd. 47 S. 353 ff.

III. Konkursrecht.

A. Deutsches Recht.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. Berlin 1907.

Jaeger, E., Kommentar zur Konkursordnung. 2. Aufl. Berlin 1904.

v. Sarwey, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, bearbeitet von Bossert. Berlin 1896.

Weinberger, Die Aussonderung anvertrauter Werte. In Hirths Annalen 1902 S. 401 ff.

Wentzel u. **Klose**, Die preußische Konkursordnung v. 8. 5. 1855. Berlin 1855.

v. Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung, fortgesetzt von Kurlbaum. Berlin 1906.

B. Schweizerisches Recht.

Brustlein et **Rambert**, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Lausanne 1892.

Jäger, C., Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs. Zürich 1905.

Weber u. **Brüstlein**, Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs. 2. Aufl. von Reichel, 1901; VI. Titel: Konkursrecht, erläutert von v. Salis.

IV. Gesetze und Gesetzesmaterialien.

A. Deutsches Recht.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin 1896.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1899.

Hahn, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung. Berlin 1881.

B. Schweizerisches Recht.

Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung. (zit.: AStenBull.)

Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft. (zit.: BBl.)

Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs v. 11. 4. 1889. (zit.: SchKG.)
Bundesgesetz über das Obligationenrecht v. 11. 12. 1888, 14. 6. 1889. (zit.: OR.)
Schweizerisches Zivilgesetzbuch v. 10. 12. 1907. (zit.: ZGB.)

V. Gerichtsentscheide.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Seuffert, Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen.
Blätter für Züricher Rechtsprechung. (zit.: BlZüR.)
Schweizerische Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen. (zit.: BlHE.)
Revue der Gerichtspraxis auf dem Gebiete des Bundeszivilrechts. (zit.: Revue.)

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken“ (Berlin 1905), sowie dem „Verzeichnis juristischer Abkürzungen“ von Wäber (Bern 1908).

I. Teil.

Die Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte nach allgemeinen Grundsätzen.

§ 1.

Einleitung.

Die Frage der Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte im Konkurse dessen, dem sie übertragen wurden, bedeutet eine der wichtigsten Konsequenzen, welche sich aus der Konstruktion des fiduziarischen Rechtsgeschäftes ergeben, und zu ihrer Beantwortung ist deshalb die Stellungnahme zu der Natur dieses Rechtsgeschäftes eine notwendige Voraussetzung.

Allgemein sei vorausgeschickt, daß hier außer deutschem Reichsrecht für das schweizerische Recht prinzipiell nur das bestehende Bundesrecht berücksichtigt wird. Dies betrifft insbesondere das Sachenrecht, von welchem das schweizerische Obligationenrecht die hier in Betracht kommenden Teile ordnet, nämlich den Übergang des Eigentums an Mobilien und das Faustpfand (VI. Titel), während das Immobiliarsachenrecht noch der kantonalen Gesetzgebung angehört.[1]) Ausnahmsweise ist das am 1. 1. 1912 in Kraft tretende schweizerische Zivilgesetzbuch berücksichtigt.

[1]) s. unten S. 89.

I. Darstellung des fiduziarischen Rechtsgeschäftes.

§ 2.

Unsere Konstruktion.

a) Die Zwecke des fiduziarischen Rechtsgeschäftes.

Da unter dem Namen dieses Rechtsgeschäftes eine Reihe von wirtschaftlich und juristisch sehr verschiedenen Fällen auftritt, ist eine Definition, welche alle diese Fälle umfassen würde, wohl schwerlich zu finden,[1]) und die allgemeine Darstellung des fiduziarischen Rechtsgeschäftes wird sich daher nur mit den allen Arten desselben gemeinsamen Merkmalen befassen.

Ein Charakteristikum aller Fälle ist das Mißverhältnis zwischen Mittel und Zweck.[2]) Der dem Rechtsgeschäfte zugrunde liegende Zweck soll nicht durch das gewöhnliche, zu seiner Verwirklichung von der Rechtsordnung geschaffene Mittel erreicht werden. Es besteht eine „aus der typischen Zwecksatzung herausfallende Verwertung" der Rechtsformen.[3])

Die in Betracht fallenden Zwecke sind die mannigfaltigsten.[4]) Um Sicherung, Verwahrung, Leihe oder Miete zu erreichen, wird Eigentum oder Gläubigerrecht übertragen; um einen Auftrag ausführen zu lassen, wird der Beauftragte zum Vollberechtigten gemacht, alles Zwecke,

---

[1]) Wie schon Wienstein (Gruchot Bd. 46 S. 241) betonte. Auch Jaeger (KO. § 43 Anm. 18) macht darauf aufmerksam, „daß nicht alle Fälle der Anvertrauung einen einheitlichen Charakter haben".

[2]) Regelsberger, ArchCivPrax. Bd. 63 S. 173.

[3]) Kriegsmann, Der Rechtsgrund der Eigentumsübertragung S. 73.

[4]) Weinberger, Hirths Annalen 1902 S. 426, unterscheidet drei Haupttypen: entgeltliche oder unentgeltliche Geschäftsbesorgung, Verpfändungsvertrag und Gesellschaftsverhältnis. Daß aber auch noch verschiedene andere Geschäftsarten in Betracht kommen, wird später gezeigt werden.

welche wirtschaftlich nicht zur Vermehrung des Vermögens des Empfängers bestimmt sind.

Aus den genannten Fällen ist ersichtlich, daß das Mittel überall ein viel weitergehendes als das gebräuchliche ist, als die Rechtsordnung für erforderlich erachtet. In allen diesen Fällen wollen nämlich die Parteien den zu verwirklichenden Zweck anderen nicht kundgeben. Die Gründe hierzu sind sehr verschiedene.

Bei gewissen Rechtsinstituten besteht eine Abneigung gegen deren Anwendung, so beim Prokuraindossament (Art. 17 WO., Art. 735 OR.).[1]) Andere Rechtsformen bieten gegenüber dem Umwege des fiduziarischen Geschäftes gewisse Nachteile. So wird Fahrnis, statt zu Faustpfand, zu Eigentum zwecks Sicherstellung übertragen, oder eine Forderung zur Sicherung oder zur Einkassierung[2]) zediert. Endlich kommen Fälle in Betracht, in welchen ein bestimmter Erfolg herbeigeführt werden soll, der sich auf andere Weise als durch das fiduziarische Geschäft gar nicht erreichen läßt, da in der Gesetzgebung ein geeigneter Geschäftstypus fehlt. Hierher gehört der Sicherheitswechsel.[3])

Nur dieser letztere Fall erinnert aber an die mancipatio sub fiducia des römischen Rechts, insofern, als diese, eine

[1]) Grünhut, Lehrb. d. Wechselrechts § 47 Anm. 1; Hahn, Prot. S. 663.

[2]) Hierher ist auch der Fall des RG. Bd. 55 N. 96 zu rechnen, in welchem der in Zahlungsschwierigkeiten geratene Zedent Forderungen zum Zwecke gleichmäßiger Befriedigung aller seiner Gläubiger (fiduziarisch) abgetreten hat, weil ihm diese Aufgabe unlösbar erschien, wenn der beauftragte Zessionar dem Zedenten gegenüber bloß zur Einziehung befugt gewesen wäre, statt über die Forderungen frei verfügen zu dürfen.

[3]) Crome, B. R. Bd. 1 S. 335; v. Lang, ArchCivPrax. Bd. 83 S. 337; Endemann, HR. Bd. 2 S. 409; Hahn, Prot. S. 620; s. unten S. 57.

solenne Eigentumsübertragung des Zivilrechts,[1]) dort Ersatz leisten sollte, wo es unmöglich war, die verschiedenen wirtschaftlichen Zwecke des Lebens im Rechtsverkehr durch entsprechende Geschäfte direkt zur Geltung zu bringen. Im übrigen aber hat die Fiducia des modernen Rechts nur ihren Namen von der altrömischen, deren Besonderheit in dem ebenfalls öffentlich zu geschehenden Zusatze zu dem Formalakte der solennen Eigentumsübertragung, in dem pactum fiduciae, bestand.[2])[3]) Das moderne fiduziarische Rechtsgeschäft stammt nicht von der mancipatio fiduciae causa, wie Endemann[4]) annimmt, denn es hat sich im heutigen Rechte, an modernen Verkehrsbedürfnissen, ausgebildet,[5]) und seine Zwecke sind, wie gezeigt wurde, nicht diejenigen des römischen Instituts, welches der starre Formalismus des altrömischen Rechts hervorgebracht hatte. Daher ist auch der Vorwurf der Rückkehr zu den Gestaltungen der römischen fiducia[6]) ungerechtfertigt.

Nach dieser Unterscheidung kann nun wohl die Bezeichnung „fiduziarisches Rechtsgeschäft“[7]) aufrechterhalten werden, während man sich bei dem Ausdrucke „Rechtsgeschäft zu treuer Hand“ ebenso sehr des Unterschiedes der hier behandelten Geschäftsarten gegenüber der Treuhänderschaft des älteren sowie des jetzigen deutschen

---

[1]) Oertmann, Die Fiducia im röm. PrivR. 1890 S. 118; Dernburg, Pfandrecht 1860 Bd. 1 § 2.

[2]) Biermann, B. R. Bd. 1 S. 236. Daß aber auch die Bezeichnung „Fiduzia“ im Sinne des modernen Rechts ganz anders zu gebrauchen ist als im römischen Recht, zeigt deren mannigfaltige Anwendung bei den Römern; vgl. dazu Oertmann a. a. O. S. 4.

[3]) Dernburg a. a. O. S. 9.

[4]) B. R. § 62 Anm. 25.

[5]) Crome, B. R. Bd. 1 § 76 Anm. 3; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 100 Anm. 9; Riedel, BGB. S. 510 Anm. 3.

[6]) Dreyer; Gruchot Bd. 40 S. 223.

[7]) Welche von Regelsberger (ArchCivPrax. S. 173) eingeführt wurde.

Rechts bewußt sein muß, welche geschichtlich und in ihrer praktischen Gestaltung von dem hier behandelten sehr verschiedene Institute sind.[1]) Demgemäß gebrauchen wir hier die Ausdrücke „Fiduziant“ für den Übertragenden und „Fiduziar“ für den Empfänger des Gegenstandes.

Es sei schon hier darauf hingewiesen, daß das fiduziarische Rechtsgeschäft im modernen Wirtschaftsleben eine große Rolle spielt.[2]) Über die wirtschaftliche Bedeutung seiner verschiedenen Erscheinungsformen wird unten zu sprechen sein.

b) Das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäftes.

Die dem fiduziarischen Rechtsgeschäfte charakteristische Divergenz zwischen Mittel und Zweck (welche in ihren Einzelheiten noch bei den verschiedenen Arten dieser Geschäftsform behandelt werden muß) führt uns zu dessen Wesen. Dieses liegt in der Parteivereinbarung, d. h. in der bewußten Herbeiführung des weitergehenden Mittels zum beschränkteren Zwecke.

Wie schon gesagt wurde, kommt es den Parteien darauf an, den angestrebten Zweck der Rechtsübertragung nach außen nicht kundzugeben, handelt es sich überall im Falle, in welchen es den Parteien daran gelegen ist, „daß dritte Personen[3]) keinen Anlaß haben, das Recht des Fiduziars als beschränkt oder unvollkommen zu bemängeln“.[4]) Darum wollen die Parteien ernstlich nicht das ihnen

[1]) Riedel a. a. O. zu Anm. 3; Dernburg, B. R. Bd. 1 § 172, 1.

[2]) Weidemann (DJZ. 1906 S. 1000) z. B. weist darauf hin, daß dasselbe im Bankverkehr eine außerordentliche Bedeutung erlangt habe, indem fast das ganze eigentliche Lombardgeschäft in fiduziarischen Rechtsformen sich bewege; ferner verweist er auf das für die Großstädte wichtige Baugeldgeschäft.

[3]) Das RG. (Bd. 37 S. 106) sagt: „mindestens der Schuldner“.

[4]) Cosack, B. R. Bd. 1 S. 205; Eck, Vorträge S. 136.

mangelhaft scheinende, sondern das weitergehende Mittel. Weil sie beabsichtigen, daß der Fiduziar unbeschränkt aufzutreten imstande sei, weil sie ihm „Selbständigkeit gegen Dritte verschaffen wollen", geht ihr Wille dahin, daß er nicht Beauftragter, nicht Pfandgläubiger, sondern Eigentümer oder Gläubiger sei.[1]) Es ergibt sich, wie Crome[2]) sagt, eine Analogie dieser Konstruktion zum abstrakten Rechtsgeschäfte. Wie bei letzterem auch trotz Vereitelung der causa die gewollte Rechtswirkung doch bestehen bleiben soll, so soll auch hier die weitergehende Rechtsstellung des Fiduziars trotz des beschränkten Zweckes eintreten und aufrechterhalten bleiben.

Die Rechtsstellung aber, welche dem Empfänger des fiduziarisch übertragenen Gegenstandes nach außen eingeräumt wird, deckt sich von vornherein nicht mit der wahren Absicht des Geschäftsurhebers bei der Zuwendung.[3]) Während man den Empfänger zum Pfandgläubiger machen will, überträgt man ihm Eigentum, gibt man ihm das volle Gläubigerrecht. Die Parteien unterscheiden also zwischen dem wirklich Beabsichtigten und dem nach außen Geschaffenen: sie teilen die Rechtsstellung des Erwerbers. Nach außen, Dritten gegenüber, soll dieser Vollberechtigter werden, soll er über den ihm übertragenen Gegenstand (aus den genannten Gründen) frei verfügen können; nach innen dagegen bleibt der gesetzte Zweck maßgebend, soll das beabsichtigte Geschäft (Pfand, Auftrag usw.) allein bestehen. Im internen Verhältnis ist er gar nicht Vollberechtigter, sondern hier soll das fiduziarisch übertragene Recht beim Übertragenden bleiben. Der Fiduziant wollte das Recht nicht vollständig aufgeben, weil dies dem ver-

[1]) Daher wird prozessual der Fiduziar Partei; Gaupp-Stein, ZPO. 1904 Bd. 1 S. 134; Staub-Stranz, WO. Art. 17 Anm. 13; vgl. Wienstein a. a. O. S. 251 ff.

[2]) a. a. O. S. 333.

[3]) Crome a. a. O.

folgten Zwecke widersprechen würde. Er wollte den Fiduziar nur Dritten gegenüber in eine freie Stellung versetzen; ihm gegenüber sollte er nach wie vor nur Beauftragter, Pfandgläubiger usw. sein. „Gerade in der auf das externe Verhältnis beschränkten Wirksamkeit des Übertragungsaktes ist das Wesen der fiducia des modernen Rechtes begründet.“ [1] [2])

c) Die rechtlichen Folgen des fiduziarischen Rechtsgeschäftes.

Die wichtigte Konsequenz des Satzes, daß der Fiduziar nach außen Vollberechtigter ist, besteht darin, daß seine Verfügungen über den ihm fiduziarisch übertragenen Gegenstand gültig sind, also dingliche Wirkung haben, während die vereinbarte Beschränkung im Gebrauche des verliehenen Rechtes den Grundsätzen von Treu und Glauben unterliegt und nur Schadensersatzpflicht begründet (§§ 823 ff. BGB.).[3]) Es liegt ja gerade in der Parteiabsicht, dem Fiduziar diese weitergehende Stellung, als der wirtschaftliche Zweck sie

---

[1]) Weinberger a. a. O. S. 426; vgl. Jaeger, KO. § 43 Anm. 18; Cosack a. a. O.; Wolf, BGB. § 117 N. 2; Staudinger, BGB. Bd. 1 1907 S. 336 f. Diese Auffassung fand auch schon in der Reichstagskommission zur KO. Vertreter, z. B. Hagens, Hertz (Hahn, Prot. S. 661, 619, 542). wogegen sich Goldschmidt (Hahn S. 661) wandte.

[2]) Obschon es möglich ist, daß die Parteien speziell zum Zwecke der Einziehung Rechteübertragung auch im internen Verhältnis bereden, wobei der Fiduziar nur das Eingezogene abliefern soll, ist dies eben nicht das Gewöhnliche, dem Zwecke dieser Geschäftsart Entsprechende, so daß dies mangels besonderer Beredung nicht anzunehmen ist; gegen Stieglitz, KO., Freiburg i. B. 1887, S. 204.

[3]) Wobei, wie unten gezeigt werden wird, das interne Verhältnis außerdem noch besondere Verpflichtungen erzeugen kann; Crome a. a. O. § 76 Anm. 7; Riedel Bd. 1 S. 516; Weinberger a. a. O. S. 426; Cosack a. a. O.; Staudinger a. a. O. S. 336; RG. v. 23. 11. 1904 (JurW. 1905 S. 43).

erfordert, zu verschaffen, um ihm um so größere Selbständigkeit gegen Dritte zu verschaffen. Dies läßt daher nur das Vertrauen übrig, daß der Fiduziar diese Stellung nicht mißbrauche. Es werden ihm die Sicherungswerte „auf Gnade oder Ungnade" ausgeliefert.[1]) „Es ist keineswegs sinnlos", sagt Cosack,[2]) „jemandem ein Recht zu geben und ihm doch zugleich zu verbieten, von dem Rechte Gebrauch zu machen". Der Fiduziant sucht sich eben eine Person aus, in welche er sein Vertrauen setzen kann. Daher hat auch diese Geschäftsgattung ihren Namen.[3])

Die praktisch wohl bedeutsamste Konsequenz des Satzes, daß für das Verhältnis nach innen der Gegenstand dem Fiduzianten gehört, ist die Aussonderung des Gegenstandes im Konkurse des Fiduziars. Darüber s. unten § 6.

Wichtige Konsequenzen des Satzes, daß der Fiduziar nur nach außen Berechtigter ist, liegen auf strafrechtlichem Gebiete. Weil für das interne Verhältnis der Gegenstand dem Fiduziar nicht gehört, kann dieser daran eine Unterschlagung (§ 246 StGB.) begehen;[4]) ferner kommt § 266 StGB. in Betracht.

Eine weitere Folge des fiduziarischen Rechtsgeschäftes, welche speziell Sicherungs-, d. h. Pfandzwecke verfolgt, ist diejenige, daß der zur Sicherung übereignete Gegen-

[1]) Weidemann, DJZ. 1906 S. 1002.

[2]) B. R. Bd. 1 S. 205.

[3]) Crome a. a. O. S. 334 Anm. 9.

[4]) Weinberger a. a. O. § 5, I; Crome a. a. O. S. 334 Anm. 8; RG. 26. VI. 80 in Blums Annalen Bd. 2 S. 220; Staub-Stranz, WO. Art. 17 Anm. 14a. Im Falle der Unterschlagung eines fiduziarisch indossierten Wechsels betrifft die Unterschlagung nicht nur das Papier im Sinne einer beweglichen Sache, sondern auch die Wechselsumme, denn der Wechsel verkörpert die Forderung (RGSt. Bd. 3 S. 349). — Die Strafrechtslehrer jedoch lehnen eine „derart ausdehnende Auslegung" ab; Dernburg, B. R. Bd. 1 § 172 Anm. 12; Pand. Bd. 1 1902 § 100 Anm. 10. Dagegen auch Goltz, Das fiduziarische Rechtsgeschäft S. 30; Lilienthal, DJZ. 1902 S. 543.

stand — körperliche Sache oder Forderung — von dem Fiduziar nach den Grundsätzen des Pfandrechtes verwertet wird.[1]) Damit wird der Fiduziar im Konkurse des Übertragenden Absonderungsberechtigter.[2]) Im internen Verhältnis ist eben der Gegenstand nicht auf den Fiduziar übergegangen, ist der Fiduziar nicht Eigentümer, sondern Pfandgläubiger geworden.

Eine wichtige Frage, die sich aus der Konstruktion des fiduziarischen Rechtsgeschäftes ergibt, ist diejenige, ob der Schuldner einer fiduziarisch übertragenen Forderung dem Fiduziar Einreden aus der Person des Fiduzianten entgegensetzen kann. Aus der hier vertretenen Ansicht, daß der Fiduziar dem Schuldner gegenüber nicht ein fremdes,[3]) sondern ein eigenes Recht geltend macht, ergäbe sich allerdings zunächst der Ausschluß aller Einreden. Ohne auf diese vielumstrittene Frage einzutreten, soll hier nur daran erinnert sein, daß die exceptio doli diese Härte besonders in den Fällen, wo dieses Rechtsgeschäft zur Abschneidung von Einreden benutzt wird, mildert.[4]) Jeden-

[1]) Mangels anderer Verabredung (Düringer-Hachenburg, HGB. Bd. 2 S. 550, 2c; s. ebenda über die Zulässigkeit der lex commissoria).

[2]) Jaeger § 48 Anm. 10; Riedel, BGB. S. 510 Anm. 2, vgl. S. 519; Wächter, WR. S. 446, 531; Weinberger a. a. O. S. 432, 2 (bezüglich Forderungen); Lilienthal, DJZ. 1902 S. 545; dagegen Kahn, DJZ. 1903 S. 125.

[3]) Ein fremdes Recht macht er z. B. nach der unten S. 10 angeführten Legitimationstheorie geltend; s. Staub (DJZ. 1903 S. 389) über die neuere Praxis des RG.

[4]) s. darüber Weinberger a. a. O. S. 419. Für die unbeschränkte Zulassung der Einreden auch Gierke Bd. 2 S. 152 (da die dingliche Kraft der fiduziarischen Beschränkung auch zugunsten des Schuldners wirke); vgl. v. Tuhr, Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen nach dem BGB., Straßburger Festgabe für A. S. Schulze 1903 S. 49f. Die unten S. 54f. zitierten Urteile des Zürch. OG. lassen beim Inkassoindossament die Einreden ex persona indossantis zu; vgl. ferner Hafner, OR. Art. 811 N. 3.

falls kann aber konsequenterweise dem Fiduziar nicht die Aktivlegitimation bestritten werden.[1])

§ 3.

Andere Konstruktionen.

Das fiduziarische Rechtsgeschäft hat freilich in Theorie und Praxis noch andere Konstruktionen erfahren, welche teils die hier erörterten, teils andere Folgen erzeugen. Weinberger stellt in § 3 eine systematische Übersicht über deren hauptsächlichsten Vertreter auf. Unserer Konstruktion steht am nächsten die Annahme der durch die fiduziarische Übertragung erzeugten Legitimationswirkung,[2]) wobei das Recht selbst beim Übertragenden bleibt, während der Fiduziar „nur die Stellung eines Eigentümers Dritten gegenüber" hat. Diese Auffassung, welche das Reichsgericht „auch für das neue Recht bejaht",[3]) trennt also ebenfalls Innen- und Außenverhältnis, verkennt jedoch das Wesen der modernen Treuhänderschaft.

Demgegenüber stehen die Vertreter der Ansicht, daß durch die fiduziarische Rechtsübertragung lediglich obligatorische Wirkung unter den Parteien erzeugt werde, während durch strikte Ablehnung der Unterscheidung zwischen Innen- und Außenverhältnis der Übertragung volle Wirkung ge-

[1]) Wie dies Riedel S. 514 annimmt. Riedel macht zwar in dieser Beziehung einen Unterschied zwischen fiduziarischen Rechtsgeschäften in fremdem und in eigenem Interesse des Fiduziars (S. 518 f.).

[2]) vgl. Jacobi, Wertpapiere S. 47. Gegen diese Konstruktion wendet sich Kriegsmann a. a. O. S. 78.

[3]) Staub, DJZ. 1903 S. 389; vgl. Weinberger S. 410. Diese Auffassung findet sich auch bei A. Wieland, ZSchwR. Bd. 47 S. 376 Anm. 29, u. W. dem einzigen Vertreter der schweizerischen Literatur, der sich mit der Frage speziell für das fiduziarische Indossament befaßt hat; vgl. unten S. 53.

geben wird. Es ist darauf unten noch einzugehen (unten S. 39 ff.). Zu dieser Ansicht hat sich auch das schweizerische Bundesgericht in seinem Urteil v. 17. 3. 1905[1]) bekannt.

Damit ist man aber bei der römischen fiducia stehen geblieben, welche, wie oben (S. 4) gesagt wurde, mit der modernen nur den Namen gemeinsam hat.

§ 4.

Fiduziarisches Rechtsgeschäft, Scheingeschäft und in fraudem legis agere.

Von einigen Schriftstellern wird eine gewisse äußerliche Ähnlichkeit des fiduziarischen Geschäftes mit dem simulierten hervorgehoben.[2]) Es ist aber ein noch wichtigerer Umstand, welcher zur Berücksichtigung der Simulation führt, nämlich der, daß früher überhaupt die fiduziarischen Rechtsgeschäfte, besonders das Vollindossament zum Inkasso,[3]) als simulierte resp. dissimulierte Geschäfte betrachtet wurden,[4]) während doch Fiduzia und Simulation in scharfem Gegensatze stehen.

Simulation ist die nur zum Schein abgegebene rechtsgeschäftliche Willenserklärung, mit der Beredung, „das erklärte Rechtsgeschäft nicht zu wollen", d. h. kein oder ein

---

[1]) JurZ. Bd. 1 S. 255 f., BG. 31 II N. 15 in Anlehnung an v. Lang. Die gleiche Auffassung vertrat auch die Vorinstanz (Zeitschr. d. bern. JurV. Bd. 41 S. 489), nach Schöninger, ArchCivPrax. Bd. 96 S. 163 ff. Ebenso eine Minderheitsbegründung des Zürch. OG. (BlZüR. Bd. 5 S. 276 ff.); vgl. aber unten S. 37 f.

[2]) Staudinger a. a. O. S. 377; Endemann, HR. Bd. 2 S. 409.

[3]) Borchard, Siebenhaars Arch. Bd. 1 S. 200; Engländer ebenda n. F. Bd. 5 S. 27 ff.

[4]) vgl. v. Lang S. 337; Kriegsmann S. 75; auch noch eine vereinzelte Ansicht in der Reichstagskommission zur KO. (Hahn, Prot. S. 543).

anderes Rechtsgeschäft zu wollen[1]) (§ 117 BGB., Art. 16 OR.[2])). Während also die Simulanten den Willen, das äußerlich vorgenommene Geschäft zur Entstehung zu bringen, nicht oder nur zum Teil haben, ist die dem Fiduziar eingeräumte Rechtsstellung mit ihren Wirkungen ernstlich gewollt. Dieser Gegensatz, der allerdings für sich allein zur Erklärung des fiduziarischen Rechtsgeschäftes noch nicht genügt,[3]) wird nunmehr in Theorie und Praxis allgemein anerkannt.[4])

Zugleich wird in der genannten Eigenschaft das fiduziarische Geschäft dem „rechtsgeschäftlichen Schleichweg“ [5]) zur Seite gestellt, mit welchem es in der Gewolltheit seines Inhaltes übereinstimmt, sowie darin, daß es zu einem anderen als dem gewöhnlichen wirtschaftlichen Zwecke ab-

---

[1]) Regelsberger a. a. O. S. 171.

[2]) „Welche Definitionen mit der Wissenschaft übereinstimmen“, Dreyer (Gruchot Bd. 40 S. 237).

[3]) vgl. Crome a. a. O. § 76 Anm. 1.

[4]) v. Lang a. a. O. S. 337; Planck, BGB. Anm. 1 zu § 117 N. 3; Jaeger, KO. § 43 Anm. 17; Endemann, B.R. Bd. 1 § 73 B; Rehbein, BGB. Bd. 1 S. 127; Regelsberger, Pand. Bd. 1 1893 S. 518, während Wilutzky, DJZ. Bd. 6 S. 20, das Verlassen des Simulationsstandpunktes bedauert. Biermann (B. R. Bd. 1 S. 237) sieht in der hier vertretenen Konstruktion immer noch Simulation, was er aus der Trennung der beiden Seiten schließt. Es liegt aber die der Simulation wesentliche Absicht, die Erklärung nur zum Schein abzugeben, nicht vor, denn der Dritte kann sich ja auf die Übertragung verlassen, da diese gerade ihm gegenüber durchgreifen soll. Goltz (a. a. O. S. 31 f.) sieht in der Fiduzia eine Mittelstellung zwischen simuliertem und wahrem Rechtsgeschäft, indem hier in wirtschaftlicher, aber nicht in juristischer Beziehung simuliert sei. Ebenso Hellwig, ArchCivPrax. Bd. 64 S. 376. Dagegen ist zu sagen, daß die Parteien, gerade weil sie dem wirtschaftlichen Zwecke in der juristischen Seite des Geschäftes Ausdruck geben wollen, das Recht ernstlich übertragen und diese beiden Seiten nicht trennen wollen.

[5]) Welche Bezeichnung gleich derjenigen des fiduziarischen Rechtsgeschäftes von Regelsberger (a. a. O. S. 173) eingeführt wurde.

geschlossen wird.[1]) Auch hier ist das Rechtsgeschäft von den Parteien in allen seinen Wirkungen gewollt. Während aber für die Beurteilung der Frage, ob Simulation vorliegt, ohne Rücksicht auf den Zweck des Geschäftes es allein auf Übereinstimmung von Parteiwillen und Erklärung ankommt,[2]) unterscheiden sich fiduziarisches Rechtsgeschäft und in fraudem legis agere durch ihren Zweck. Der rechtsgeschäftliche Schleichweg wird benutzt, um ein Verbotsgesetz zu umgehen.[3]) Nur dieser Umstand nimmt dem an sich gültigen Geschäfte seine rechtliche Kraft, nicht dagegen schon die Tatsache, daß ein außerhalb des Rechtsgeschäftes liegender Zweck verfolgt wird, ebensowenig wie dies bei dem fiduziarischen Geschäfte zutrifft.

Nur der Charakter des Gesetzes, welches als Verbotsgesetz gewisse Geschäftsarten treffen will (unten S. 63 f.), trennt das dadurch ungültig gemachte, in fraudem legis abgeschlossene Rechtsgeschäft vom fiduziarischen, mit welchem keine unerlaubten Zwecke verfolgt werden. Insofern besteht also „ein grundlegender Unterschied zwischen ihnen nicht".[4])[5])

---

[1]) Eck, Vorträge S. 136.

[2]) BG. 19 N. 140 Erw. 5. Dabei ist allerdings zu erwähnen, daß gerade die Simulation häufig benutzt wird, um einen unerlaubten Zweck zu verfolgen; vgl. Regelsberger a. a. O. S. 174; Hellwig a. a. O. S. 375.

[3]) Cosack, B.R. Bd. 1 S. 205; Crome Bd. 1 § 93 Anm. 14 sagt zu dem Begriffe des rechtsgeschäftlichen Schleichweges: „In Wahrheit liegt gar keine Rechtsfigur, sondern eine einfache Konsequenz des Handelns in fraudem legis vor, das hier nur im Abschluß eines Rechtsgeschäftes besteht".

[4]) Goltz S. 31.

[5]) Regelsberger (a. a. O. S. 174) nannte daher das fiduziarische Geschäft ein „Spiel mit offenen Karten". — Diese Tatsache wird besonders wichtig bei der Behandlung der Übereignung von Mobilien zu Sicherungszwecken (s. unten).

§ 3.

Das fiduziarische Rechtsgeschäft und die Gesetzgebung.

Dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist das fiduziarische Rechtsgeschäft in seiner Allgemeinheit dem Namen nach unbekannt,[1]) ebenso dem Obligationenrecht. Das Gesetz brauchte dessen aber auch nicht zu erwähnen, „weil sich seine Natur von selbst ergibt".[2]) Es ist ja auch ein Rechtsinstitut, welches der Gesetzgebung gerade subsidiär sein soll, welches dort Anwendung finden soll, wo gewisse Rechtsgeschäfte im Gesetz keinen Ausdruck gefunden haben. Dabei handelt es sich durchweg um Fälle, welche von der Gesetzgebung nicht berücksichtigt werden, die aber trotzdem wegen ihrer wirtschaftlichen Bedeutung rechtlichen Schutz erfordern.[3]) Über die Bedeutung dieser wirtschaftlichen Bedürfnisse wird bei den einzelnen Arten zu sprechen sein.

Immerhin erwähnt das Bürgerliche Gesetzbuch im § 223 II einen Fall des fiduziarischen Geschäfts: die Rechtsübertragung zu bloßen Sicherungszwecken, welchen Fall die Motive wirtschaftlich dem Pfandrechte gleichstellen.[4])

Es kann sich somit nur fragen, ob das fiduziarische Rechtsgeschäft nicht der bestehenden Rechtsordnung, sei es deren ausdrücklichen Vorschriften, sei es deren Intentionen, widerstreitet.

---

[1]) Riedel (Bd. 1 S. 511 Anm.) erklärt dies damit, daß „die mittelbare Stellvertretung im BGB. überhaupt nicht geregelt ist".

[2]) Rehbein, BGB. Bd. 1 S. 123.

[3]) Die Zulassung dieser Rechtsform soll diese unbefriedigenden Zustände ausgleichen. Goltz (a. a. O. S. 20) spricht daher von einem anormalen Zustande, der sich aus diesem Zwiespalt zwischen Wirtschaft und Recht ergibt.

[4]) Planck I § 223 N. 3; Crome Bd. 1 S. 522; Jaeger, KO. § 43 Anm. 18 A.

Die Möglichkeit der Zulassung des fiduziarischen Rechtsgeschäftes nach deutschem und nach schweizerischem Rechte folgt aber direkt aus der abstrakten Natur der Übertragung obligatorischer und dinglicher Rechte.[1])

Die Unabhängigkeit der Wirkungen der Rechtsübertragung von ihrer causa ist im modernen Rechte festgelegt[2]) und ermöglicht es, die Rechtsübertragung zur Erreichung verschiedenartiger wirtschaftlicher Zwecke zu gebrauchen.[3]) Es wird bei der rechtlichen Beurteilung gar nicht auf die besondere Qualität der causa geachtet, sondern der Übertragungsakt wird „aus sich selbst gewertet".[4]) Diese Selbständigkeit der Rechtsübertragung gestattet daher auch eine Zession, eine Eigentumsübertragung nicht nur z. B. obligandi, solvendi causa vorzunehmen, sondern auch zur Sicherstellung; denn weder Zession noch Eigentumsübertragung sind an eine typische Zwecksatzung gebunden, außerhalb welcher sie unwirksam wären, und es ist mit der Tatsache, daß Zession usw. erfolgte, noch nicht gesagt, zu welchem Zwecke dies geschah. So beweist z. B. die Tatsache, daß mit Rücksicht auf ein bestehendes Schuldverhältnis eine Forderung zediert wurde, an sich noch nichts dafür, daß das Schuldverhältnis in seinem Bestande geändert wurde.[5])

Daß und warum beim fiduziarischen Rechtsgeschäft das Mittel ein weitergehendes ist, als der Zweck es erfordert,

---

[1]) Jaeger a. a. O.; Dernburg, B. R. Bd. 1 S. 503 Anm. 7; RG. Bd. 57 S. 177.

[2]) Während nach Voigt (DJZ. 1907 S. 711) das preußische Recht einen abstrakten dinglichen Vertrag noch nicht kannte und auch in der Reichstagskommission zur 2. Lesung des BGB. noch Abhängigmachung des Eigentumsüberganges vom obligatorischen Veräußerungsgeschäfte gefordert wurde (Prot. Bd. 3 S. 194).

[3]) Eck a. a. O. S. 136; Gierke Bd. 2 S. 546, 816; Hafner, OR. Art. 184 N. 1, Art. 199 N. 4.

[4]) Kriegsmann a. a. O. S. 73.

[5]) BG. 26 II, 544.

ist oben gesagt. Aber daraus, daß es möglich ist, die Rechtsübertragung auch zu einem beschränkteren Zwecke als dem gewöhnlichen zu gebrauchen, ergibt sich hier die Gültigkeit der Rechtsübertragung.

Das fiduziarische Rechtsgeschäft überträgt also das Vollrecht; aber die Parteien haben es immer an einen beschränkteren Zweck gebunden,[1]) nämlich allgemein an den Zweck, das Recht nur nach außen vollgültig zu übertragen, z. B. um bei der Einziehung ungehindert zu sein oder um sich event. gegen den Übertragenden schadlos halten zu können.

So hat sich auch ein Urteil des schweizerischen Bundesgerichts ausgesprochen, welches infolge der abstrakten Natur der Übertragung dinglicher und obligatorischer Rechte die Übertragung solcher Rechte nur zur Sicherstellung gegestattet (im Gegensatze zu der Übertragung an Zahlungsstatt), wobei dieses Urteil gegenüber dem „Verhältnis der Parteien zueinander" davon spricht, daß der Rechteempfänger „nach außen hin an Stelle des (Übertragenden) in dessen (Gläubiger)rechte eingesetzt" sein solle.[2])

Es ist nun aber diese Konstruktion, welche das fiduziarische Rechtsgeschäft dahin auffaßt, daß der Fiduziar nach außen, der Fiduziant nach innen Berechtigter sei, von vielen Seiten als eine juristische Unmöglichkeit überhaupt bekämpft worden, weil der Fiduziar, da ihm das Recht übertragen wurde, Berechtigter gegenüber jedermann sei. Eine Teilung der Wirkungen des Rechtes nach innen und nach außen verstoße gegen die Fundamentalsätze des geltenden Rechtes.[3])

[1]) Goltz a. a. O. S. 17 spricht daher von einem wirtschaftlich kausalen Geschäfte.

[2]) BG. 26 II, 544 ff. im Gegensatze zu dem oben S. 11 zitierten Urteile, nach welchem die Rechte „schlechthin" übergehen.

[3]) v. Lang a. a. O. S. 43; Goltz a. a. O. S. 28. Darüber, daß in dieser Beziehung ausschließlich die fiduziarische Eigentumsübertragung angegriffen wurde, s. Weinberger a. a. O. S. 427.

Dernburg[1]) weist aber darauf hin, daß das heutige Recht die Verhältnisse nach innen und nach außen häufig scharf sondert, und Jaeger[2]) zeigt im besonderen, daß das geltende deutsche Recht die angeführte Rechtsfolge, d. h. einen nur relativen Rechtserwerb, in den §§ 135, 136 BGB. kennt, von welchen § 7 KO., der die vom Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen als den Konkursgläubigern gegenüber für unwirksam erklärt, einen Anwendungsfall bildet.[3])

Hier ist es das Gesetz, welches durch die Beschränkung des Verfügungsrechtes des Gemeinschuldners das Recht des von demselben Erwerbenden zu einem relativen gestaltet. Den Konkursgläubigern gegenüber hat letzterer das Recht nicht erworben, welches ihm der Gemeinschuldner Dritten gegenüber gültig verschafft hat.[4]) Trotzdem er für Dritte Eigentümer der Sache, Gläubiger der Forderung geworden ist, ist der Rechtserwerb den Konkursgläubigern gegenüber nicht eingetreten, weil die Verfügung nach dieser Seite in ihrem Wirkungsbereich beschränkt war.[5]) Daher vindiziert der Konkursverwalter in Ausübung der Rechte des Gemeinschuldners (§ 6 II KO.) den Gegenstand im Konkurse des Erwerbers,[6]) denn „die Ungültigkeit ist eine Nichtigkeit“,[7]) die Rechtshandlung ist

---

[1]) Pand. Bd. 1 § 100 N. 9.

[2]) § 43 Anm. 18. KO.

[3]) Weinberger a. a. O. S. 428. Der frühere § 6 sagte „nichtig“; vgl. unten Anm. 7.

[4]) Und zwar folgt diese teilweise Beschränkung des Erwerbs erst aus § 7 Abs. 1 KO. und nicht schon, wie Wienstein a. a. O. S. 246 annimmt, aus § 6, denn aus diesem Paragraphen könnte ebenso absolute Unwirksamkeit, d. h. Nichtigkeit folgen.

[5]) Endemann, B. R. Bd. 1 § 74 Anm. 22.

[6]) Jäger, SchKG. Art. 204 N. 7; Planck, BGB. Bd. 1 § 135.

[7]) Hahn, Prot. S. 61. In der Terminologie des BGB. ist „Unwirksamkeit“ die allgemeine Bezeichnung für eine mehr oder minder weitgreifende Ungültigkeit fehlerhafter Geschäfte. Die absolute Verneinung

„vermöge inneren Mangels“ ohne rechtliche Wirkung. Der durch das gesetzliche Verfügungsverbot Geschützte kann, wie nach § 135 BGB., diese Rechtslage gegenüber jedermann geltend machen.

Wie aber hier durch gesetzliche Beschränkung des Verfügungsrechtes ein nur relativer Rechtserwerb besteht, so wird das Verfügungsrecht beim fiduziarischen Rechtsgeschäfte durch den Parteiwillen beschränkt. Die Wirksamkeit der Willenserklärung geht nicht so weit, dem Fiduziar auch nach innen das Recht zu übertragen. Wie beim gesetzlichen Verfügungsverbot wegen relativer, d. h. teilweiser Unwirksamkeit der Verfügung der Erwerb ein beschränkter ist, so besteht auch hier die gleiche Wirkung, d. h. ebenfalls wegen beschränkter Wirksamkeit der Verfügung,[1]) welche aus dem Parteiwillen resultiert, ist der Erwerb nur ein relativer.

Dem § 135 BGB.[2]) stehen die §§ 506, 574, 1160 II, 1400 I BGB. gleich.

---

der rechtlichen Wirkung ist die „Nichtigkeit“, eine Abschwächung der letzteren die „Anfechtbarkeit“. Die Unwirksamkeit nach gewissen Richtungen, besonders bezüglich gewisser Personen, heißt „relative Unwirksamkeit“, welche der „Nichtigkeit“ gegenüber die Möglichkeit des Eintritts ihrer Wirkung durch Willenserklärung des Geschützten bietet und welche im Gegensatze zu der „Anfechtbarkeit“ unmittelbar kraft Gesetzes eintritt; Dernburg, B. R. Bd. 1 § 115; Düringer-Hachenburg, HGB. Bd. 2 S. 33. Diese Terminologie hat auch die Änderung des § 6 I der alten KO. „den Konkursgläubigern gegenüber nichtig“ in die Bezeichnung „unwirksam“ veranlaßt; Endemann, B. R. Bd. 1 S. 370 Anm. 22.

[1]) Und nicht trotz Wirksamkeit derselben, wie Hellmann (KO.) annimmt, indem er sich in § 17 Anm. 2 gegen die Heranziehung des relativen Erwerbs gemäß §§ 135, 136 BGB. durch Jaeger (a. a. O.) wendet. Während im letzteren Falle relative Unwirksamkeit der Verfügung bestehe, solle die Relativität des fiduziarischen Erwerbs bedeuten, daß trotz Wirksamkeit der Verfügung der Fiduziar dem Veräußerer gegenüber nicht Eigentümer geworden sei.

[2]) Welcher für Dernburg (B. R. Bd. 1 S. 348) das Paradigma der relativen Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften ist.

Diese Wirkung des relativen Veräußerungsverbotes erzeugt auch Art. 204 SchKG., welcher die Rechtshandlungen des Kridars nach der Konkurseröffnung als den Konkursgläubigern gegenüber „ungültig“ erklärt.[1]) Ebenso erklärt Art. 202 II. OR. das constitutum possessorium unter gewissen Voraussetzungen als „Dritten gegenüber unwirksam“. Wie in den oben angeführten Gesetzesbestimmungen das Rechtsgeschäft seinen Weg geht, soweit es mit dem Rechte des Geschützten nicht in Widerspruch tritt,[2]) so macht Art. 202 II OR. die Besitzübertragung durch constitutum possessorium nicht überhaupt unwirksam, sondern beschränkt nur ihre rechtliche Wirksamkeit gegenüber gewissen Personen, entspricht also der „relativen Unwirksamkeit“ des Bürgerlichen Gesetzbuches.[3]) Ferner unterscheidet Art. 184 II OR. zwischen der Wirksamkeit der Zession unter den Kontrahenten und der Wirsamkeit gegenüber Dritten.[4]) Endlich macht auch Art. 717 ZBG. die Wirksamkeit der Besitzübertragung durch constitutum possessorium Dritten gegenüber von bestimmten Voraussetzungen abhängig; vgl. Art. 924 ZBG., unten S. 83 f.

---

[1]) Dieser Bezeichnung für die Ungültigkeit bezüglich gewisser Personen ist allerdings diejenige des BGB. als die schärfere vorzuziehen. — Gegenüber C. Jäger Art. 204 N. 7 ist der Vorwurf gerechtfertigt, den Endemann (s. oben Anm. 7) gegen den Ausdruck „relative Nichtigkeit“ erhebt, welcher ein „widerspruchsvoller Zwitterbegriff“ sei, denn „was nicht vorhanden ist, kann auch nicht in einigen Beziehungen wirken“. Der Kommentar von Weber und Brüstlein (Art. 204 N. 3) sagt: „ungültig“.

[2]) BGB. Mot. Bd. 1 S. 212.

[3]) vgl. oben S. 17 Anm. 7. Es ist daher unrichtig, wenn Schneider und Fick, OR. Art. 202 N. 7, hier von „Anfechtbarkeit“ sprechen. Vgl. Weber und Brüstlein Art. 204 N. 3; Hirzel, Constit. poss. 112, folgert aus der Gegenüberstellung dieses „ungültig (unwirksam) sein“ gegenüber dem „ungültig erklären lassen“ der Anfechtungsklage (Art. 285 SchKG) auf die relative Unwirksamkeit des ersteren.

[4]) Hafner, OR. Art. 183 N. 2.

Wie in allen diesen Fällen für den durch das Gesetz Geschützten allein die Wirksamkeit der Rechtshandlung beschränkt ist, indem für ihn das Recht nicht übergegangen ist, so daß nur er, nicht die Kontrahenten oder andere Personen sich darauf berufen können,[1]) so besteht das gleiche Verhältnis zwischen Fiduzianten und Fiduziar einerseits und Dritten andererseits. Aber auf diese Tatsache können sich nur die Parteien berufen, nur ihnen gegenüber sollte die Rechtshandlung unwirksam, nach außen, Dritten gegenüber dagegen vollwirksam sein.

Es läßt sich nun aus den angeführten Gesetzesstellen sehr wohl eine prinzipielle Anerkennung einer nur relativ wirksamen Übertragung von Rechten, besonders des am meisten angegriffenen Eigentums, entnehmen.[2]) Die Parteien streben also in unserem Falle einen dem Gesetze bekannten Erfolg an.

2. Die Aussonderung im Konkurse des Fiduziars.

§ 6.

Die Aussonderung als notwendige Konsequenz der Natur des fiduziarischen Rechtsgeschäftes.

Nach § 43 KO. werden Gegenstände, welche dem Gemeinschuldner nicht gehören, auf Grund dinglicher oder

[1]) Hahn, Mot. S. 61; Weber u. Brüstlein Art. 204 N. 6.

[2]) Ohne daß man, mit Wienstein a. a. O. S. 246, diese Stellen für „Ausnahmevorschriften aus besonderen Rücksichten" zu halten hat oder für „Abnormitäten" (wie Schöninger, ArchCivPrax. Bd. 96 S. 188), welche nur das Gesetz, nicht aber die Judikatur zu schaffen vermöge. Gegen die hier vertretene Verwendung dieser Bestimmungen wendet sich (im besonderen gegen Jaeger, KO.) auch Heilbrunn (Monatsschr. f. HR. u. Bankw. Bd. 15 S. 89 ff.), welcher allerdings die hier behandelten fiduziarischen Einzelgeschäfte aus seinem Treuhandvertrag prinzipiell ausscheidet (a. a. O. S. 95 f.). — Es sind aber keine Anhaltspunkte da, am wenigsten in den Motiven, welche gegen ein aus diesen, wie gezeigt, zahlreichen Fällen zu gewinnendes Prinzip sprechen würden.

persönlicher Rechte ausgesondert. Dabei wird der Aussonderungsanspruch nach dem Rechte geltend gemacht, welches maßgebend sein würde, falls der Gemeinschuldner nicht in Konkurs geraten wäre.[1]) Ebenso richtet sich die Aussonderung des schweizerischen Rechts nach den außerhalb des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs geltenden Bestimmungen,[2]) denn dieses Gesetz bestimmt ebenfalls nicht die Reihe der Fälle, in welchen ein Gegenstand aus der Masse zurückgefordert werden kann,[3]) indem Art. 197 nur entscheidet, daß das Vermögen, welches dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung angehört, die Masse bildet.[4]) [5])

Die allgemeinen Erfordernisse der Aussonderung sind Nichtzugehörigkeit zum Vermögen des Gemeinschuldners und Anspruch auf Herausgabe, denn „nur der Herausgabeanspruch hat Aussonderungskraft" (Jaeger, KO. § 43 Anm. 3), d. h. der Anspruch auf unmittelbare Rückgewähr,[6]) im Gegensatz zum bloßen Verschaffungsanspruch, d. h. dem Anspruch auf Übertragung oder Rückübertragung eines zur

[1]) Hahn, Mot. S. 158.

[2]) SchKG. kennt den allgemeinen Begriff der Aussonderung nicht. Art. 201 u. 203 sprechen von „Rückgabe" (C. Jäger Art. 203 N. 7) und Art. 242 von „Herausgabe", beziehen sich aber nur auf einzelne Fälle der Aussonderung.

[3]) Dadurch, daß sich im Gesetze keine Aufzählung dieser Fälle findet, wird, wie schon die Motive zur KO. (Hahn S. 160) hervorgehoben, doch nur der Vorwurf der Unvollständigkeit vermieden.

[4]) Der Entwurf v. 23. 2. 1886 dagegen schrieb in Art. 208 I noch ausdrücklich vor, daß im „Besitze des Gemeinschuldners befindliche Vermögensstücke, welche nachweislich Dritten zu Eigentum angehören", nicht zur Masse gezogen werden (BBl. 1886 Bd. 2 N. 20).

[5]) Heusler, der Verfasser des ersten Entwurfs, weist darauf hin, daß bei der Feststellung des materiellen Konkursrechts der Entwurf neben dem französischen, besonders das preußische Konkursgesetz v. 8. 5. 1855 berücksichtigte.

[6]) So genannt nach dem Hauptfall des § 986 BGB.

Zeit dem Gemeinschuldner gehörenden Gegenstandes.[1]) Von den Herausgabeansprüchen begründen nicht nur dingliche, sondern auch obligatorische die Aussonderungen (actio depositi, commodati), event. konkurrieren sie mit dinglichen,[2]) sei es in der gleichen Person (z. B. verleihender Eigentümer), sei es in verschiedenen Personen (es verleiht z. B. jemand eine fremde Sache). Bei der Aussonderung kraft Eigentums ergibt sich aus dem Eigentum des Aussonderndern ohne weiteres die Nichtzugehörigkeit zur Masse, während bei den obligatorischen Aussonderungsansprüchen es noch des besonderen Nachweises des negativen Erfordernisses bedarf, d. h. der Nichtzugehörigkeit zum gemeinschuldnerischen Vermögen, ohne daß hier jedoch der Aussondernde sein Eigentum nachzuweisen hat. Dabei weist aber Jaeger (a. a. O.) darauf hin, daß die Zugehörigkeit zur Masse (welche der Verwalter einzuwenden hat) nicht den Sinn hat: „im Rechte des Gemeinschuldners stehend", sondern den weiteren Sinn: „dem Gemeinschuldner deshalb nicht gebührend, weil er zur unmittelbaren Herausgabe - wenn auch nur vorübergehender — verpflichtet ist.[3])

Die Beantwortung der Frage nun, ob fiduziarisch übertragene Werte im Konkurse des Fiduziars ausgesondert werden können, ergibt sich aus dem Wesen des modernen fiduziarischen Rechtsgeschäfts. Es ist oben ausgeführt worden, daß die Parteien eine Rechtsübertragung wollen, welche nur nach außen durchgreift, während für das interne Verhältnis eine solche gar nicht gewollt ist und

[1]) So genannt nach dem Hauptfall des Anspruchs auf Verschaffung der gekauften Sache (§ 433 BGB.).

[2]) Hahn, Mot. S. 160; Beispiele s. bei Jaeger, KO. (a. a. O); BlZüR. 1906 S. 274 (Erw. 5).

[3]) Der Komm. von Weber u. Brüstlein (Art. 194 Nr. 14) stellt unrichtigerweise auf das Eigentum des Gemeinschuldners ab; vgl. C. Jäger Art. 197 Nr. 4, 6.

daher nicht erfolgt, daß also nach innen der Gegenstand im Rechte des Übertragenen bleibt. Insoweit ist der Fiduziant Eigentümer geblieben. Daraus ergibt sich ohne weiteres die Nichtzugehörigkeit zur Masse oder, wie Art. 197 SchKG. sich ausdrückt, zum Vermögen des Gemeinschuldners.[1])

Dabei lehnen wir die Ansicht des Reichsgerichts ab, welches den Begriff „Vermögen" hier dahin auslegt, daß der Gesetzgeber nicht das „formale Recht" für entscheidend erachten wollte, sondern daß „materiell und wirtschaftlich" der fiduziarisch übertragene Gegenstand dem Gemeinschuldner nicht gehört.[2]) [3]) Es ist dieser Auffassung mit Recht entgegengehalten worden, daß eine Vermengung von Jurisprudenz und Nationalökonomie zu verschwommenen, die Festigkeit des Rechts auflösenden Zuständen führe, daß dem Begriffe des materiellen, wirtschaftlichen Vermögens die feste Begrenzung fehle.[4]) Auf ähnliche Weise erklärt

[1]) C. Jäger Art. 197 Nr. 4.

[2]) RG. Bd. 45 S. 80 ff. Diese Begründung hat das Zürch. OG. BlZüR. 1906 S. 274 Erw. 7; vgl. unten S. 37 f.), übernommen; ebenso spricht die Zürch. Appellationskammer (BlZüR. Bd. 5 Nr. 36) von „fiduziarischem Eigentum" bei einem Rechte, welches von A dem B übertragen, trotzdem aber „als zum Vermögen des (c) gehörig betrachtet" wurde, da dieser darüber „wie über sein Eigentum verfügte". Ein „ähnliches Rechtsverhältnis" bestehe in der Anlegung eines Sparheftes auf fremden Namen, wobei dem Einleger die „materielle Verfügung" zustehe (Rechenschaftsbericht des Zürch. OG. 1904 Nr. 56, BlZüR. Bd. 3 Nr. 163).

[3]) Auch die Konstruktion des RG., wonach zwar Eigentum übertragen wird, aber mit der Abmachung, daß dasselbe vom Fiduziar nicht wie sein Eigentum behandelt werden dürfe, weicht erheblich von der unserigen ab.

[4]) Lilienthal, DJZ. 1902 S. 543. Demgegenüber sagt Kahn DJZ. 1903 S. 125 f.), daß es für die Rechtsentwicklung förderlich sei, wenn die Jurisprudenz „scharf begrenzte Rechtsbegriffe wirtschaftlichen Inhalts" präge. — Kriegsmann a. a. O. § 14 a. E.; Wienstein a. a. O. S. 247; Goltz a. a. O. S. 89; Biermann

Dernburg[1]) die Zulassung der Aussonderung damit, daß wohl die Rechtskonsequenz dagegen sprechen würde, das „praktische Recht“ aber dafür, da der fiduziarisch überlassene Gegenstand „im Sinne des Lebens und des Verkehrs“ nicht zur Masse gehöre.

Wenn nun im internen Verhältnis der Gegenstand nicht dem Fiduziar, sondern dem Fiduzianten gehört, in des letzteren Rechte steht, so ist damit die Aussonderung gerechtfertigt.[2])

Dieser Anspruch auf Aussonderung, der sich aus der Nichtzugehörigkeit des Gegenstandes zum Vermögen des Gemeinschuldners ergibt (s. S. 22), kann nun noch mit obligatorischen Herausgabeansprüchen konkurrieren, da ja für das interne Verhältnis noch die persönlichen Beziehungen der Parteien, die sich aus den wirtschaftlichen Zwecken des Rechtsgeschäftes ergeben, in Betracht kommen. In Beziehung auf diese wirtschaftlichen Zwecke ist oben[3]) auf drei Haupttypen verwiesen worden, nämlich: entgeltliche oder unentgeltliche Geschäftsbesorgung, Verpfändungs- und Gesellschaftsvertrag. Die Ansprüche aus diesen Rechts-

---

(B. R. Bd. 1 S. 236 Anm. 11) bezeichnet die angeführten Ausdrücke des RG. als Phrasen.

[1]) B. R. Bd. 1 S. 504; vgl. Bd. 2 § 135 IV. Die Möglichkeit der dinglichen Wirkung des Erwerbs soll nach Dernburg nur durch eine auflösende Bedingung zugunsten des Übertragenden gegeben sein. Gegen die Ansicht Dernburgs erhebt v. Tuhr (DJZ. 1907 S. 77) den Vorwurf, daß sie zu Rechtsunsicherheiten und Widersprüchen führen müsse, „denn die Abwägung der Interessen ist stets subjektiv“. Aus einer ähnlichen Auffassung des Vermögensbegriffes gelangt zur Bejahung der Aussonderung noch Schmidt, ZZP. Bd. 29 S. 546, speziell beim Vollindossament zum Inkasso; ebenso stützt RG. (Seufferts Arch. Bd. 46 Nr. 91, Bolze, Praxis 1890 Nr. 884) die Aussonderung auf die Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Rechtsübergang, indem das Recht „in Wirklichkeit“ nicht in das Vermögen des Fiduziars übergegangen sei; vgl. RG. Bd. 44 S. 3.

[2]) s. oben S. 21 f.

[3]) s. oben S. 2 Anm. 4.

verhältnissen ergeben überall noch einen persönlichen Herausgabeanspruch.[1])

Über die Frage der Aussonderung für den Fall, wo die Einziehung erfolgt ist, s. unten S. 105 ff.

Im Anschluß an die Frage der Aussonderung ist eine Kontroverse darüber entstanden, ob die entsprechenden Grundsätze des § 43 KO. auch bei der Widerspruchsklage des § 771 ZPO. gelten. Nach Jaeger[2]) kann § 43 zur Erläuterung der dunkeln Worte: „ein die Veräußerung hinderndes Recht" des § 771 ZPO. wohl herangezogen werden, indem auch hier der Herausgabe-, nicht bloß der Verschaffungsanspruch maßgebend ist.[3]) Danach wäre also der Fiduziant „Dritter", welcher die Widerspruchsklage geltend machen könnte.[4])

§ 7.

Die Theorie und die Frage der Aussonderung.

Die Frage der Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte im Konkurse des Fiduziars bildet innerhalb der so zahlreichen Meinungsäußerungen über das fiduziarische Rechtsgeschäft wohl den am meisten umstrittenen Punkt.

[1]) Jaeger, KO. S. 366.

[2]) § 43 Anm. 5.

[3]) s. oben S. 21.

[4]) Ebenso Dernburg, Pand. Bd. 1, 1902 § 100 Anm. 14, B. R. § 172 a. E.; Riedel S. 516. Diese Ansicht fand sich ebenfalls in der Kommission zur KO. (Hahn, Prot. S. 621). Sie ist auch nach Hellmann (KO. S. 159) Konsequenz der hier vertretenen Ansicht. Das (oben S. 23) zitierte Urteil des ZürOG. (BlZüR. 1906 S. 274 Erw. 5), in Anerkennung der Möglichkeit, daß auch „bloß obligatorische Aussonderungsansprüche" die Widerspruchsklage nach Art. 106 SchKG. begründen, hat dieselbe in einem Falle fiduziarischer Rechtsübertragung zugelassen. Anders Weinberger S. 434. Eine Ablehnung der Anwendbarkeit dieser Klage muß sich natürlich auch bei Verneinung der Aussonderung ergeben.

Sie ist ja auch die praktisch wichtigste Konsequenz, welche sich aus der Konstruktion dieses Rechtsverhältnisses ergibt.

Die äußerst umfangreiche Literatur, welche sich mit dieser Frage befaßt hat, enthält sehr verschiedene Ansichten.

Den Ausgangspunkt nehmen die Ausführungen bei den Verhandlungen der Reichstagskommission zur Konkursordnung, welche über die Aufnahme einer die Frage entscheidenden positiven Bestimmung beriet, und bei welcher die überwiegende Auffassung dahin ging, daß die Zulassung der Aussonderung selbstverständlich sei, indem sie aus den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes sich ergebe.[1]) Dadurch werde die Aufnahme der Bestimmung überflüssig,[2]) und zudem sei dieselbe gefährlich,[3]) indem sie geeignet wäre, Kontroversen hervorzurufen. Die Minderheit der Kommission dagegen, geführt von Goldschmidt,[4]) hielt die Aufnahme für notwendig, besonders im Hinweise auf das wechselrechtliche Urteil des Reichsoberhandelsgerichts in den Entsch. Bd. 6 S. 44 ff., welches, obschon es sich nur über das Verhältnis des Indossanten zu einem Dritten ausspreche, doch die Konsequenz ergebe, daß der Indossatar auch im Verhältnis zum Indossanten Eigentümer des Wechsels werde.[5]) Eine Unterscheidung zwischen in-

---

[1]) Es wurde speziell auf das Vorhandensein dieser Auffassung in kaufmännischen Kreisen hingewiesen (Hahn, Prot. S. 660).

[2]) Hahn, Prot. S. 541 f., 619, 621, 660; vgl. Hahn, Mot. S. 162.

[3]) Hahn, Prot. S. 541, 543, 619, 662 f. Dazu kommen noch die Anfechtungen, welche der Antrag in seinen Einzelheiten hervorrief.

[4]) Welcher den Antrag in drei verschiedenen Fassungen stellte (a. a. O. S. 540, 619, 659). Über eine ähnlich lautende Bestimmung der preuß. KO. v. 8. 5. 1855 s. unten S. 91 ff.

[5]) Dagegen wurde allerdings gesagt, daß in dem genannten Urteil über das letztere Verhältnis gar nicht entschieden sei (Hagens a. a. O. S. 541, 660, 664), und daß überhaupt die Eigentumsfrage gar nicht berührt sei (Hertz S. 621; v. Vahl S. 622).

ternem und externem Verhältnis (des Eigentums) lehnte Goldschmidt ab. Das genannte Urteil müßte, nach der Ansicht Goldschmidts, zur Folge haben, daß die Aussonderung im Konkurse des Indossatars versagt werde, wenn der Richter „aus Billigkeitsrücksichten nicht die Konsequenz seiner Ansicht ziehe". Die Verhandlungen führten zu der Konstatierung, daß nach der übereinstimmenden Auffassung der Kommissionsmitglieder indossable Papiere, welche nur zur Einkassierung oder zur Sicherung des nachmaligen Gemeinschuldners diesem übertragen wurden, zurückgefordert werden können (Hahn, Prot. S. 666f.).[1])

Wie die angeführten Verhandlungen zeigen, hatte sich die Theorie noch kaum mit der Frage befaßt. Dagegen hat die Folgezeit, namentlich in Behandlung der Bedeutung, welche der genannten Konstatierung zukommen soll, eine sehr große Zahl von Abhandlungen über die Frage, welche nun zu einer vielumstrittenen wurde, hervorgebracht.

Aus der schweizer. Literatur ist uns keine Abhandlung bekannt, welche sich mit der Streitfrage befaßt hätte. Dagegen hat A. Wieland[2]) die Frage gestreift und sich zu der Auffassung bekannt, daß der Fiduziar „kein Eigentum, sondern nur die Rechtsstellung des Eigentümers Dritten gegenüber" erhalte, während er die Ansicht, nach welcher der Fiduziar (nach außen) Eigentümer werde, als unrichtig bezeichnet. Damit hat er also Fortbestand des Eigentums des Fiduzianten angenommen, woraus die Zulassung der Aussonderung folgen muß.

[1]) Auf die Einzelheiten der Verhandlungen braucht hier nicht eingegangen zu werden. Dieselben sind ziemlich ausführlich dargestellt bei Fuß, Vollgiro zu Inkassozwecken S. 92ff.; ferner bei Weinberger S. 421f., F. A. Wengler, KO., Leipzig 1879, S. 255f.

[2]) ZSchwR. Bd. 47 S. 376 Anm. 19 im Anschluß an die Frage, ob ein Orderpapier nicht auch mittels einer Zessionserklärung verpfändet werden könne, indem dadurch nach außen dem Zessionar die Legitimation als Eigentümer verschafft werde, während nach innen Pfandregeln gelten (vgl. unten S. 53).

Als die herrschende Ansicht darf nun wohl diejenige bezeichnet werden, welche, wenn auch mit verschiedener Begründung, die Aussonderung zuläßt.[1]) Eine übersichtliche Darstellung über deren hauptsächlichste Vertreter gibt Weinberger, der selbst diese Ansicht teilt (a. a. O. § 2). Dazu kommen noch Gierke,[2]) Wächter,[3]) Riedel,[4]) Wienstein,[5]) Heilbrunn,[6]) Weidemann,[7]) Wolf,[8]) Hullmann.[9])

Einer der Hauptvertreter der Legitimationstheorie ist Staub (WR.),[10]) welcher gemäß der Auffassung, daß auf den Fiduziar nur die Legitimation zur Geltendmachung

---

[1]) Jaeger, KO. § 75 Anm. 17; Kriegsmann a. a. O. S. 78; Crome, B. R. Bd. 1 § 76 Anm. 7. Biermann (B. R. Bd. 1 S. 273), der die hier vertretene Ansicht zwar verurteilt, zieht die Möglichkeit in Betracht, die herrschende Auffassung bereits als Gewohnheitsrecht anzusehen.

[2]) Deutsches PrivR. Bd. 2 S. 153.

[3]) Das WR. des Deutschen Reichs § 120 S. 530; Enzyklopädie des WR. Bd. 1 S. 530.

[4]) a. a. O. S. 516 Anm. Riedel teilt unsere Auffassung, daß die Aussonderung aus der Parteiabsicht, zwischen internem und externem Verhältnis zu scheiden, folge.

[5]) Zuerst Gegner der Aussonderung, nimmt Wienstein nun, im Anschluß an Kriegsmann (a. a. O.) an, daß die zuerst von ihm bekämpfte Ansicht des RG. (Bd. 45 S. 80, s. Gruchot Bd. 46 S. 246) doch richtig sei, wenn auch unter anderer Begründung, indem hier „an den eigentlichen Willen der Parteien zu denken sei“ (Goldschmidts Zeitschr. Bd. 57 S. 275 f.).

[6]) a. a. O. (s. oben S. 20 Anm. 2).

[7]) DJZ. 1906 S. 1001.

[8]) BGB. Abschn. 4 (§§ 398 ff. S. 101). Bezüglich Forderungen soll nach Wolf der Fiduziar „lediglich nach außen Gläubiger sein, im Verhältnis zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger soll die Forderung weiter als Bestandteil des Vermögens des ersteren gelten“. Darnach muß notwendig die Aussonderung zugelassen werden.

[9]) KO., Nördlingen 1879, ohne Begründung.

[10]) s. bei Weinberger S. 407, 409 f.

der Rechte übergehe (s. oben S. 10), ebenfalls zur Zulassung der Aussonderung gelangt. An Staub schließt sich Müller-Erzbach,[1]) welcher das Problem des versteckten Inkassoindossaments vermöge seiner Theorie lösen will, daß ein für fremde Rechnung Handelnder überhaupt nicht fremde Rechte erwerben könne, daß er kein eigenes Recht besitze. Eine ähnliche Berücksichtigung der Gläubigerschaft für fremde Rechnung finden wir bei Dungs,[2]) für welchen diese Gläubigerschaft darin besteht, daß die Forderung substantiell demjenigen gehört, dessen Zwecken zu dienen sie bestimmt ist, d. h. dem Geschäftsherrn, woraus ein „quasidinglicher Anspruch" desselben gegen den Gläubiger für fremde Rechnung abgeleitet wird.

Ähnlich begründet Eck[3]) die Aussonderung: „Soweit das (dem Treuhänder) verliehene Recht über den Zweck der Verleihung hinausgeht, hat er es nur für fremde Rechnung, als ein ihm nicht gehöriges".

Daß die Legitimationstheorie das Wesen der modernen Fiduzia, welche nach innen überhaupt keinen Rechtsübergang will, verkennt, ist oben (s. S. 10) gesagt.

Auf eine eigenartige Begründung stellt Heilbrunn[4]) die Zulassung der Aussonderung. Da „bei der Starrheit unserer dem römischen Recht entnommenen Normen der dinglichen Rechte" eine dingliche, gegen Dritte wirkende Einschränkung des Vollrechts sich überhaupt nicht aufstellen lasse, konstruiert er einen obligatorischen Herausgabeanspruch nach Analogie des Herausgabeanspruchs aus Depositum. Ob diese Analogie vorhanden ist, ist aber zweifelhaft. Auch verkennt Heilbrunn ebenfalls das Bestreben des modernen Rechts, die Verhältnisse nach innen

[1]) Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung S. 62f.

[2]) Über die Rechtsstellung des Gläubigers für fremde Rechnung Gruchot Bd. 32 S. 19; vgl. Weinberger a. a. O. S. 412.

[3]) a. a. O. S. 136.

[4]) a. a. O. S. 97 (s. oben S. 20 Anm. 2).

und nach außen auch bei dinglichen Rechten zu unterscheiden.

Hier soll auch noch Stellung genommen werden zu der oben (S. 27) angeführten Konstatierung, welche die Reichstagskommission zur Konkursordnung zu Protokoll gegeben hat. Über die Bedeutung, welche derselben zukommen soll, ist nämlich viel gestritten worden. Es wurde ihr schon geradezu die Bedeutung einer gesetzlichen Bestimmung, welche über die Streitfrage entscheide, beigemessen.

Hat nun mit der Konstatierung der Gesetzgeber zu der darin beantworteten Streitfrage — nämlich, ob die betreffenden Werte ausgesondert werden können — für den Richter verbindlich Stellung genommen, d. h. genügte diese Feststellung, ohne daß er genötigt war, der darin mißbilligten Ansicht — daß diese Werte zur Masse gezogen würden — durch gesetzliche Norm entgegenzutreten? Muß die Praxis die Konstatierung als die wirkliche Absicht der gesetzgebenden Faktoren anerkennen?[1])

Diese Fragen werden bejaht, weil gegen die vom Berichterstatter in der Reichstagssitzung vom 2. 12. 1876 vorgetragene Protokollerklärung[2]) keine Verwahrung erfolgte und der Reichstag dem Entwurfe im ganzen zustimmte.[3])

Diese legislative Kraft, welche der Erklärung damit zugeschrieben wird, wird aber lebhaft bestritten. Es wird dabei stets betont, daß die Motive ebensowenig wie besondere protokollierte Feststellungen Gesetz sind.[4])

[1]) Dies nimmt v. Sarwey (KO. Einleitung S. 14 § 35 N. 8 an, abgesehen von seiner unten angeführten Auffassung über die fiduziarische Rechtsübertragung (§ 35 N. 1, 8, s. u. S. 52 Anm. 7).

[2]) Hahn, Stenogr. Ber. S. 718.

[3]) v. Sarwey a. a. O. Dagegen wendet sich besonders v. Wilmowski, KO. Einleitung.

[4]) Goltz a. a. O. S. 88; Dernburg, B.R. Bd. 1 S. 504; OLG. Oldenburg (Seufferts Arch. Bd. 49 N. 113); v. Wilmowski a. a. O.

Leonhardt selbst, der Bevollmächtigte zum Bundesrat für Preußen, erklärte ausdrücklich für sämtliche Reichsjustizgesetze, also auch für die Konkursordnung, „daß die verbündeten Regierungen die Vertretung dieser Motive nicht übernehmen", und daß diese nicht „die Bedeutung einer Willensäußerung des einen der gesetzgebenden Faktoren, der verbündeten Regierungen", haben.[1])

Bei der genannten Konstatierung handelt es sich um die Auslassung einer Bestimmung, welche dem Gesetzgeber nach dem nicht der Konkursordnung angehörenden Rechte als selbstverständlich erschien.[2]) Daher kann die Feststellung nicht zur authentischen Interpretation einer Bestimmung der Konkursordnung — des § 43 herangezogen werden; wir sind mit der Auslassung auf das übrige Recht verwiesen. Die Konstatierung gehört dem Gesetze nicht an; es kann daher, trotzdem sie dem Reichstage vorgelesen wurde, von einer stillschweigenden Billigung durch denselben nicht die Rede sein.[3])

Dagegen stellt die Konstatierung ein bedeutsames Auslegungsmittel dar, nicht, wie gesagt, im Sinne eines Ersatzes dafür, daß die Aufstellung ihres Inhalts unterlassen wurde, sondern als ein wissenschaftliches Mittel zur Auslegung des Aussonderungsbegriffes. Ebensowenig wie diese sind auch die Motive Gesetz geworden, bilden aber ein ebenso wichtiges Hilfsmittel, indem auch sie sich über die Unterlassung einer positiven Vorschrift ausgesprochen

---

[1]) v. Sarwey, KO. Einleitung S. 12.

[2]) Wenn dies auch nicht die Ansicht aller Kommissionsmitglieder war, so wurde die Ablehnung des Goldschmidtschen Antrags doch durch die diese Ansicht teilende Mehrheit bewirkt.

[3]) Gegen Fuß a. a. O. S. 102, welcher annimmt, daß die Ansicht der Kommission „in der KO. zu gesetzlicher Fixierung gelangt sei"; dagegen auch Jacobi, Wertpapiere S. 48; vgl. Seufferts Arch. Bd. 49 S. 113.

haben.[1]) Mit ihnen zusammen gehören auch die Kommissionsprotokolle[2]) zum Auslegungsmaterial, aber nur im Sinne freier wissenschaftlicher Betrachtung, jedoch ohne daß sie „einfach in den Wind geschlagen werden dürfen".[3]) So war auch der Berichterstatter im Reichstag selbst nicht etwa der Ansicht, daß durch die Verlesung der Erklärung eine dem Gesetz gleichkommende Bestimmung geschaffen sei, sondern er wies nur darauf hin, daß der Antrag „für die Interpretation von außerordentlicher Bedeutung" sei (oben S. 31 Anm. 1).

§ 8.

Die Praxis.

Die Praxis des Reichsgerichts hat die Aussonderung zugelassen. Immerhin ist die Begründung der Urteile eine sehr verschiedenartige.

So hat sich das Reichsgericht in vielen Fällen auf die Seite der Legitimationswirkung gestellt, wobei der Fiduziar ein fremdes Recht geltend macht,[4]) und zum Teil hat es auf die Unterscheidung zwischen formeller und materieller Gläubigerschaft abgestellt.[5]) Daß diese Auf-

---

[1]) Hahn S. 161 f.; v. Sarwey (Einleitung S. 13) betont, daß die Motive als das Ergebnis der Tätigkeit hervorragender, an der Entstehung des Gesetzes direkt beteiligter Kräfte unter dem wissenschaftlichen Material besonders wertvoll seien.

[2]) v. Wilmowski (Einleitung) weist hier speziell auf die wertvollen protokollierten Äußerungen einzelner Persönlichkeiten hin, welche am innigsten mit dem ganzen Werke vertraut waren. v. Sarwey (Einleitung S. 13) mißt dagegen den Protokollen eine viel geringere Bedeutung zu als den Motiven.

[3]) Jaeger, KO. § 43 Anm. 19.

[4]) s. oben S. 10; Staub, DJZ. 1903 S. 389; RG. Bd. 39 N. 41, Bd. 37 N. 27.

[5]) RG. Bd. 45 S. 80ff. (vgl. oben S. 23f). RG. Bd. 19 S. 59ff: „wenn das Recht in seinem formalen Bestande noch nicht beseitigt

fassungen erheblich von der unsrigen abweichen, ist oben schon gesagt. Abzulehnen ist auch die Begründung des Reichsgerichts,[1]) mit welcher die Aussonderung nach Analogie des Art. 368 II a. HGB. = § 392 II HGB. zugelassen wird.[2]) Es handelt sich bei dieser Bestimmung des Handelsgesetzbuches um eine Ausnahmevorschrift, deren Anwendung per analogiam stets besonders vorsichtig aufzunehmen ist.[3]) Zudem wird hier speziell auf die Verschiedenheit der wirtschaftlichen Verhältnisse bei den beiden Fällen verwiesen und die Analogie bestritten.[4])

Dagegen unterscheidet das Urteil bei Seufferts Arch. Bd. 49 N. 113 deutlich zwischen internem und externem Verhältnis, wobei gesagt wird, daß, solange vom Fiduziar (Indossatar) nicht über den Gegenstand verfügt wurde, dieser im Eigentum des Fiduzianten bleibe.

Die schweizerische Praxis hat sich u. W. zur Frage der Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte direkt

ist, aber in seinem materiellen Inhalt . . . eingebüßt hat"; RG. Bd. 25 N. 43. — Dagegen wird von Hellmann a. a. O. S. 159 zu Unrecht das Urteil in RG. Bd. 55 N. 96 gegen die oben (S. 23) besprochene Ansicht des Reichsgerichts, speziell gegen RG. Bd. 45 S. 80ff. angerufen, denn das erst zitierte Urteil entscheidet nichts über das interne Verhältnis, was zur Frage der Aussonderung zu verwerten wäre, sondern sagt nur, daß das interne Verhältnis ein Fortbestehen der Forderung als eines Gläubigerrechtes des Zedenten „gegen die Schuldnerin", d. h. gegen den debitor cessus, nicht zulasse (S. 393f.).

[1]) Seufferts Arch. Bd. 46 N. 91; vgl. Weinberger a. a. O. S. 410 über die daselbst geäußerte Auffassung von der römischen fiducia.

[2]) Jaeger, KO. § 43 Anm. 20.

[3]) Dernburg (B. R. Bd. 1 § 19 III) sagt, es sei bedenklich, „aus Ausnahmen neue Ausnahmen zu konstruieren".

[4]) v. Lang a. a. O. S. 348f.; Wienstein a. a. O. S. 247; Schultze in Jherings Jahrb. Bd 43 S. 49; Weinberger a. a. O. S. 427 Anm. 3; Goldschmidt in der 5. Kommissionssitzung (Hahn S. 543), gegenüber Hullmann, welcher diesen Artikel des a. HGB. ebenfalls analog anwenden wollte.

nicht geäußert, was zum Teil darin seine Erklärung finden mag, daß für Inhaber- und Orderpapiere die Aussonderung durch die positive Vorschrift des Art. 201 SchKG. zugelassen ist (s. unten Teil 2). In bezug auf andere Gegenstände, deren Aussonderung das Bundesgericht argumento e contrario nach Art. 201 des genannten Gesetzes ausgeschlossen, oder über welche es sich sonst geäußert hätte, liegt ein Urteil des höchsten schweiz. Gerichtshofes nicht vor. Doch ist aus dem oben[1]) angeführten Urteile vom 17. 3. 1905, dessen Konstruktion der Fiduzia nur obligatorische Wirkung beimißt, während das Recht „schlechthin übergehe", mit Notwendigkeit auf die Versagung der Aussonderung zu schließen. Das Bundesgericht hat sich hier ausdrücklich gegen die „Differenzierung der Rechtswirkungen nach innen und nach außen" ausgesprochen.

Ferner läßt sich aus den Ausführungen zu dem Urteile vom 19. 3. 1904[2]) indirekt eine Stellungnahme des Bundesgerichts zu der Frage ersehen. Dieses Urteil führt uns auf einen Fall, der mit dem fiduziarischen Rechtsgeschäfte große Ähnlichkeit hat, der aber u. W. noch nicht erörtert wurde. Es sei daher diesem, sowie einem einen gleichen Fall behandelnden Urteile des Züricher Obergerichts[3]) kurze Beachtung gegeben.

Die Erörterungen beider Urteile führen uns zu der Unterscheidung, die darin zu machen ist, ob die Rechtsübertragung das fiduziarische Verhältnis in sich schließt, ob dieses Verhältnis durch den fiduziarischen Rechtserwerb zwischen Veräußerer und Erwerber begründet wird, oder

---

[1]) S. 11. Dagegen unterscheidet das oben S. 16 Anm. 2 zitierte Urteil zwischen dem „Verhältnis der Parteien zueinander" und der Stellung des Rechtsempfängers „nach außen hin".

[2]) BlZüR. 1904 N. 178 S. 287 ff., wobei auch die Ausführungen der Vorinstanz, des Zürch. OG., herbeigezogen sind, da das BG. dessen Auffassung beitrat (S. 288).

[3]) BlZüR. 1906 N. 184 S. 271 ff.

ob bloß Verabredungen zwischen dem Erwerber und einem Dritten in bezug auf die Ausübung des übertragenen Rechts bestehen, wobei dann der Erwerber die übertragene Sache als „Vertrauensmann", „Treuhänder" besitzt, nicht weil die Übertragung eine fiduziarische gewesen wäre, sondern weil ihm aus einem Mandatsverhältnis mit dem Dritten Verpflichtungen in bezug auf das erworbene Recht entstehen.[1])

Beide Urteile enthalten den Tatbestand, daß eine zu Eigentum übertragene Sache für Rechnung eines Dritten erworben und der Dritte tatsächlich allein der Verfügungsberechtigte war, während der Erwerber „gegen außen" als Eigentümer erscheinen sollte.[2])

Es ergibt sich nun die Frage, ob sich das Recht derart übertragen lasse, daß es nach außen dem „formellen" Erwerber, nach innen einem Dritten zustehe.

Wir bezeichnen im folgenden den Veräußerer mit A, den Erwerber mit B und den Dritten, auf dessen Rechnung das Recht übertragen werden sollte, mit C.

Das Bundesgericht führt nun aus[3]): „Selbst wenn man sagen wollte, daß beim Kaufabschluß der Wille der Kontrahenten nicht dahin gegangen sei, (dem B) Eigentum an den Liegenschaften zuzuwenden, sondern daß man den (C) als wirklichen Erwerber betrachtet habe, so könnte das nur zur Folge haben, daß der Fertigungsakt[4]) als ungültig erklärt werden müßte, weil er mit dem wahren Willen der Kontrahenten nicht übereinstimmte".

[1]) BlZüR. Bd. 5 S. 273 Erw. 3.

[2]) Bezüglich des Motives erwähnt das zweite Urteil (272, 277 Erw. 4), daß häufig Aktiengesellschaften ihre Liegenschaften auf den Namen von Vertrauenspersonen fertigen lassen, um der Gemeindesteuer zu entgehen, ohne daß darin eine Umgehung des in Betracht kommenden Gemeindegesetzes gefunden werden könne.

[3]) a. a. O. S. 288.

[4]) Nach Zürch. Rechte wird Eigentum an Liegenschaften unter Lebenden ausschließlich durch Fertigung erworben.

U. E. wird C ebenfalls nicht Inhaber des Rechts (in casu Eigentümer), auch nicht im Sinne unseres internen Verhältnisses, wenn auch aus einem anderen Grunde. Zwar ebenso, wie es möglich ist, das Eigentum[1]) derart zu übertragen, daß der Eigentümer dies nur nach außen wird, während nach innen es der Übertragende bleibt, liegt, im Gegensatze zu der Auffassung des Bundesgerichts, darin noch keine Simulation, daß nach innen ein Dritter, nach außen der „Eigentümer" das Recht erhalten soll. Doch liegen hier nach anderer Richtung Unterschiede vor. Im Falle des Rechtserwerbs durch fiduziarische Übertragung bleibt der Übertragende (nach innen) Rechtsinhaber, weil er es bisher war, während sich das Recht des Erwerbenden auf die vollzogene Rechtsübertragung (nach außen) stützt. Für einen Dritten (C) dagegen, der „wirklicher" Eigentümer, Eigentümer nach innen, werden soll, liegt kein Erwerbsgrund vor, denn es besteht ja nur ein Übertragungsakt (Einigung und Übergabe resp. Fertigung), derjenige an B, und diese Rechtsübertragung hat nur dem B (nach außen) das Recht verschafft. Sollte das Recht dagegen dem B (nach außen) und dem C (nach innen) zugleich durch den einen Rechtsakt übertragen worden sein, während doch in Wirklichkeit nur der erstere Empfänger des Rechtes ist, so wäre hierin entweder eine Simulation zu erblicken, denn das Recht sollte dann „tatsächlich" nicht dem B, wie dies äußerlich vorgenommen wurde, sondern dem C übertragen werden; oder dann ginge die Absicht der Parteien dahin, das Recht beiden gemeinsam zu verleihen, was aber dem ganzen Institute widersprechen würde.

Durch einen einzigen Rechtsakt läßt sich also der Erfolg einer zwischen B und C getrennten Rechtsinhaberschaft nicht erreichen.

---

[1]) Auch an Grundstücken (s. unten § 13).

In dem analogen Falle dagegen, der das Züricher Obergericht in seinem Urteil v. 24. 1. 1906[1]) beschäftigt hat, gelangt dieser Gerichtshof zu einem anderen Resultate. Während das Bundesgericht in dem ersterwähnten Falle wirksame Eigentumsübertragung an B annahm,[2]) welcher gegenüber z. B. kein Pfändungspfandrecht eines Gläubigers des Fiduziars durchschlagen könnte, wurde hier festgestellt, daß durch die Fertigung[3]) zwar auch Eigentum nur an B übertragen worden sei.[4]) Doch wurde dem C ein „obligatorischer Aussonderungsanspruch" zuerkannt,[5]) welcher gegen ein an dem Gegenstande geltend gemachtes Pfändungspfandrecht durchdringen konnte, so daß derselbe nicht zur Befriedigung der Betreibungsgläubiger herangezogen werden durfte. Dieser Anspruch wurde hauptsächlich auf analoge Anwendung des Art. 399 II OR. gestützt, welcher lautet:

> Ebenso kann der Auftraggeber im Konkurse des Beauftragten die beweglichen Sachen herausverlangen, welche letzterer im eigenen Namen,

---

[1]) BlZüR. Bd. 5 N. 184, wo C die bei B gepfändete Liegenschaft „vindizierte".

[2]) Es wurde nämlich nicht angenommen, daß die oben besprochene Eigentumsteilung an B und C beabsichtigt gewesen sei. Andererseits wurde aus dem Umstande, daß die ganze Verfügungsgewalt trotz der Eigentumsübertragung an B dem C zustehen sollte, nicht auf Simulation geschlossen.

[3]) Gemäß Zürch. Rechte; vgl. oben S. 35 Anm. 4.

[4]) Dabei wurde auch dem Umstande, daß der Übertragende die Eigenschaft des B als „Vertrauensmann" des C kannte, keine rechtliche Bedeutung beigemessen.

[5]) Ohne daß darin eine unzulässige Klageänderung gesehen wurde, und indem man annahm, daß eine Auffassung, welche nur auf die Geltendmachung des Eigentums durch C abgestellt und daher die Klage abgewiesen hätte, eine „allzu formelle" gewesen wäre, welche „der Natur und dem materiellen Inhalte der Klage" nicht gerecht geworden wäre.

aber für Rechnung des Auftraggebers, zu Eigentum erworben hat.[1])

Hiergegen ist aber mit der Minderheitsbegründung[2]) anzunehmen, daß dieser Artikel als konkursrechtlicher Natur gemäß Art. 318 III SchKG. unter die letzterem „entgegenstehenden Vorschriften" fällt, welche durch die genannte Bestimmung aufgehoben worden sind.[3]) Ein Vorbehalt zugunsten dieser Ausnahmebestimmung, als welche sich Art. 399 Abs. 2 zweifellos qualifiziert — denn die Sachen hat der Beauftragte „zu Eigentum erworben", d. h. in sein für den Konkurs verwertbares Vermögen im Sinne des Art. 197 des Konkursgesetzes —, wurde nicht gemacht.

Somit besteht gemäß unserer Auffassung, nach welcher C kein Recht am Gegenstande erworben hat, nur ein Mandatsverhältnis zwischen C und B, welcher keinen Anspruch auf unmittelbare Herausgabe ergibt. Es bleiben dem C nur Konkursforderungen.[4])

[1]) Dieser Artikel, welcher auch auf den Kommissionär Anwendung findet, sollte mit Art. 368 a. HGB. „zu demselben praktischen Resultate" gelangen (Schneider u. Fick Art. 399 N. 1).

[2]) a. a. O. S. 277 Erw. 3 a. E.

[3]) Die Minderheitsbegründung hat sich außerdem gegen die analoge Anwendung des Art. 399 II als einer Ausnahmsvorschrift gewandt; vgl. den ähnlichen Standpunkt zu Art. 368 a. HGB. oben S. 33; vgl. ferner über die von der Mehrheit des OG. gebrauchte Anwendung des Begriffes „Vermögen" oben S. 23 zu Anm. 2.

[4]) Diese werden nach dem Prinzipe des Art. 211 SchKG. verwertet; s. die zitierte Minderheitsbegründung a. a. O. S. 277. — Bemerkenswert ist, daß das OG. demjenigen die Prozeßkosten auferlegt, der „Eigentum auf Strohmänner fertigen läßt und dadurch mit den Betreibungsgläubigern des Letzteren in Konflikt kommt", indem es den Betreibungsgläubigern das Recht zuspricht, daß ihnen der Beweis für das Eigentum des Dritten erbracht werde, bevor sie auf die Befriedigung aus diesem Eigentum verzichten (a. a. O. S. 275 Erw. 9).

§ 9.

Die Gegner der Aussonderung im besonderen.

Die Gegner der Aussonderung gelangen zur Verneinung der Frage hauptsächlich auf Grund der Auffassung, daß das Recht voll übergehe, indem die Unterscheidung eines Innen- und Außenverhältnisses abgelehnt wird. Diese Auffassung läßt höchstens eine obligatorische Wirkung des fiduziarischen Charakters des Geschäftes zu, d. h. lediglich zwischen den Kontrahenten. Zu den Vertretern dieser Ansicht, welche zum großen Teil ebenfalls bei Weinberger (a. a. O. S. 416ff.) angeführt sind, gehören noch Crome,[1] Endemann,[2] Biermann,[3] Hellmann,[4] Kriegsmann,[5] Schöninger,[6] Planck,[7] Lilienthal.[8]

Es wird der Zulassung der Aussonderung von deren Gegnern auch entgegengehalten, daß die Gläubiger des Fiduziars Dritte seien im Sinne der Unterscheidung des Innen- und Außenverhältnisses, d. h. daß auch ihnen wie anderen Dritten gegenüber der Fiduziar Vollberechtigter

[1]) B. R. Bd. 1 S. 334 Anm. 6, Bd. 3 S. 205 Anm. 31, S. 815 Anm. 10, während zwar der Satz: „nach innen hin erscheint er gar nicht als Vollberechtigter“ (Bd. 1 S. 335) eher auf dingliche Wirkung schließen ließe.

[2]) B. R. Bd. 1 § 62 Anm. 25, wo die Möglichkeit eines „relativen dinglichen Rechts“ nach dem BGB. abgelehnt wird.

[3]) B. R. Bd. 1 § 68 III (S. 236) nach der Auffassung, daß sich das heutige fiduziarische Rechtsgeschäft seinem Wesen nach nicht von der altrömischen fiducia unterscheide; darüber s. oben S. 3f.

[4]) § 17 Anm. 2 KO.; vgl. oben S. 18 Anm. 1.

[5]) a. a. O. S. 78: der Veräußerer hat sich „endgültig seines Rechts begeben und ist im inneren Verhältnis ebensowenig wie nach außen hin Eigentümer“.

[6]) ArchCivPrax. Bd. 96 S. 163ff.

[7]) Bd. 3 § 930 N. 4.

[8]) DJZ. Bd. 7 S. 545, welcher der hier vertretenen Ansicht vorwirft, sie setze sich über das Gesetz hinweg; s. ferner bei Jaeger, KO. § 43 Anm. 17, 18.

sei,[1]) und die Beschränkung keine Wirkung habe. Infolgedessen könne der Gegenstand als ihr Befriedigungsobjekt nicht ausgesondert werden.

Diese Auffassung verkennt aber immer noch den eigentlichen Willen der Parteien. Es ist, wie oben S. 18 ausgeführt wurde, der Erwerb des Fiduziars insofern beschränkt, als dieser dem Veräußerer gegenüber gar nicht erworben hat. Das nach außen wirkende Recht dagegen wurde dem Fiduziar verschafft, um ihn zu Verfügungen über den Gegenstand zu berechtigen, sei es nun zu vertragsmäßigen oder vertragswidrigen. Solange aber keine Verfügung erfolgt ist, sondern sich der Gegenstand „in den Händen“[2]) des Fiduziars befindet, soll derselbe dem Fiduzianten verbleiben, und daher soll nach der Parteiabsicht auch kein Dritter solange in der Lage sein, sich auf das externe Verhältnis berufen zu können.[3]) Dieses soll ja erst durch die — wirksame — Verfügung des Fiduziars in die Erscheinung treten. Gerade der Fall des Konkurses mag für die Parteien meistens derjenige gewesen sein, auf welchen hin sie das interne Verhältnis begründeten,[4]) während als Fälle, in welchen Dritte zu dem Gegenstand in Berührung treten würden, ganz andere gemeint waren, nämlich die Fälle, in welchen der Fiduziar über den Gegenstand verfügen würde. Nur wenn sich der

[1]) Biermann a. a. O. S. 237; Hellmann a. a. O. S. 158.

[2]) So sagen ausdrücklich Art. 201 SchKG. und § 24 preuß. KO.

[3]) Wienstein (Goldschmidts Zeitschr. Bd. 57 S. 275) stellt diesen Willen folgendermaßen dar: „Würde man im Augenblick der Auflassung dem angeblichen Veräußerer gesagt haben: wenn über den jetzt einzutragenden Eigentümer Konkurs eröffnet wird, fällt das Grundstück in die Masse, würde er jedenfalls geantwortet haben: so war es keineswegs gemeint“. Vgl. oben S. 28 Anm. 5 a. E.

[4]) Ohne daß dadurch das Geschäft zu einem anfechtbaren würde, denn daß hier unlautere Geschäfte, die als anfechtbare oder unsittliche überhaupt zu bekämpfen wären, ausgenommen sind, wird unten S. 60 gesagt.

Gegenstand nicht mehr „in den Händen“ des Fiduziars befindet, d. h. von ihm veräußert wurde, sollte sich ein Dritter auf das Recht des Fiduziars berufen können.

Wenn also der Gegenstand vom Fiduziar noch nicht veräußert wurde, also noch kein Dritter zu ihm in Beziehung getreten ist, gehört er noch dem Fiduzianten, ist letzterem gegenüber das Recht des Fiduziars wirkungslos.[1]) Ihn würde, wollte der Fiduziant selbst den Gegenstand zurückverlangen, gegen eine Verweigerung der Vorwurf der Arglist treffen.[2]) Damit ist also kein Recht des Gemeinschuldners da, an welchem die Gläubiger ihr Vollstreckungsrecht geltend machen könnten.[3])

Es ist im Anschluß an das über die Bedeutung der Motive (oben S. 30 f.) Gesagte auch von Wichtigkeit, die Ansicht derselben hierüber in Betracht zu ziehen. Die Begründung des Entwurfs sagt[4]): „Die Konkursmasse ist keine von dem Gemeinschuldner verschiedene Person“ und führt dann aus, daß deshalb der Konkursverwalter — der die der Masse zugefallenen Rechte des Gemeinschuldners so ausübt, wie sie diesem zustanden[5]) — zur Rückgabe verpflichtet sei, m. a. W., daß eben die Gläubiger keine Dritte seien, welche sich auf das Recht des Fiduziars berufen könnten.

---

[1]) Daher können sich auch nicht die Gläubiger des Fiduziars an dem Gegenstande durch Zwangsvollstreckung befriedigen. Vgl. oben S. 25.

[2]) BlZüR. 1906 S. 274 Erw. 5; vgl. Weinberger a. a. O. S. 430.

[3]) Gegen Hellmann a. a. O. S. 158 f.

[4]) Hahn S. 162.

[5]) Jaeger, KO. § 43 Anm. 18; Weinberger a. a. O.

3. Anwendungsfälle.

§ 10.

Fiduziarische Übertragung von Orderpapieren.

a) Einleitung.

Diese Art der fiduziarisch übertragenen Gegenstände erfordert der besonderen Natur des Indossaments wegen eine gesonderte Behandlung.

Es sei dabei zugleich auf die Tatsache hingewiesen, daß der Handelsverkehr die fiduziarische Übertragung von Wechseln zum Zwecke der Einziehung dem von der Wechselordnung zur Bevollmächtigung geschaffenen Mittel des Prokuraindossaments (Art. 17 WO., vgl. Art. 735 OR.) vorzieht, so daß letzteres, weil es, als Mißtrauen erregend, unbeliebt ist, fast nie angewendet wird.[1]) Das Vollindossament, bei welchem der materielle Zweck nicht auf Übertragung der Rechte aus dem Papier, sondern auf Bevollmächtigung geht, wird dann fiduziarisches Indossament genannt, auch Inkassoindossament,[2]) Inkassomandatindossament, verstecktes Prokura-(Inkasso)giro[3]) oder allgemeiner Vollindossament zu Inkassozwecken.[4])

Die fiduziarische Übertragung von Orderpapieren, speziell von Wechseln, bildet neben der sogen. Sicherungsübereignung den praktisch wichtigsten Fall des fiduziarischen Rechtsgeschäftes und hat in Theorie und Praxis des Wechselrechts eine sehr ausgedehnte Behandlung erfahren.

---

[1]) Hahn Prot. S. 663; s. oben S. 3.

[2]) Regelsberger, ArchCivPrax. S. 186; Grünhut, WR. Bd. 2 § 89 (vgl. unten S. 56 Anm. 4); Rehbein, WO. S. 53 N. 29.

[3]) J. u. M. Stranz, WO., Berlin 1906, Art. 17 II; Staub-Stranz Art. 17 Zusatz 1.

[4]) Jacobi, Wertpapiere S. 45. — Der Kommentar zum OR. von Schneider u. Fick nennt allerdings das Prokuraindossament auch „Inkassoindossament“ (Art. 735 N. 1).

Daß der Gesichtspunkt der Simulation — aus welchem speziell das Vollindossament zum Inkasso behandelt wurde[1]) — dabei nicht angewendet werden kann, ist oben (S. 11f.) gezeigt worden.

Die Streitfrage bezüglich des fiduziarischen Indossaments hängt nun von der Stellung ab, welche man zu der Wirkung des Vollindossaments — gewöhnliches und Blankoindossament — einnimmt. Aus der Annahme nämlich, daß das Indossament die Rechte aus dem Wechsel — Eigentum und Gläubigerschaft — notwendigerweise übertrage, ergibt sich die Unzulässigkeit der Aussonderung im Konkurse des Fiduziars, in dessen unbeschränktem Eigentum dann der Wechsel steht. Die Ansicht dagegen, daß die Rechteübertragung von der Parteivereinbarung abhänge, während das Indossament an sich nur die wechselmäßige Legitimation des Indossatars erzeuge, führt zur Möglichkeit der Aussonderung.

Die Stellungnahme zu dieser Frage ist also Voraussetzung zur Beantwortung der Aussonderungsfrage. Die Bejahung der letzteren ist nur möglich, wenn dem Indossament die Wirkung des Rechteüberganges versagt wird, also bei Annahme der bloßen Legitimationswirkung. Letztere erst läßt dann den Parteivereinbarungen Raum für den Umfang der Rechteübertragung.

b) Die Vertreter der Ansicht, daß durch das Indossament die Rechte aus dem Wechsel übertragen werden.

Das Reichsoberhandelsgericht hat in seinem Urteil v. 9. 4. 1872[2]) ausgesprochen, daß durch uneingeschränktes

[1]) z. B. Engländer in Siebenhaars Arch. f. WR. n. F. Bd. 5 1873 S. 27. — Gegen die Annahme der Simulation wandte sich auch das ROHG. in dem in der folgenden Anmerkung zuerst zitierten Urteil (S. 57f.)

[2]) ROHG. Bd. 6 S. 53ff., ferner ROHG. Bd. 1 S. 168 (20. 12. 1870), Bd. 1 S. 276 (7. 2. 1871), Bd. 5 S. 36 (23. 1. 1872), Bd. 6 S. 54 (9. 4. 1872).

Indossament nach Art. 10 WO. alle Rechte aus dem Wechsel auf den Indossatar übergehen, d. h. daß letzterer Eigentümer und Wechselgläubiger werde, während es der Inkassoberedung nur obligatorische Wirkung „im Wege der nachfolgenden Ausgleichung zwischen den Beteiligten" zusagt ihr dagegen im Verhältnis zu dritten Personen keine Bedeutung beimißt. „Will der Indossant die schwächere Wirkung einer bloßen Bevollmächtigung, so muß er dem Indossament den Zusatz ‚in Prokura', ‚in Vollmacht' u. dgl. beifügen. Unterläßt er dies, wendet er die einfachere und stärkere Form an, so hat er auch die stärkere Wirkung rechtlich gewollt."

Ebenso sagt Regelsberger[1]): „Der Indossant hat sich durch das fiduziarische Eigentumsindossament des Eigentums am Wechsel und der Forderung aus dem Wechsel entäußert".

Die gleiche Ansicht wird vertreten von Grünhut,[2]) Seuffert,[3]) Goldschmidt,[4]) Werthauer,[5]) Wulff,[6]) Wendt[7]) u. Neumann;[8]) in der schweizerischen Literatur finden wir sie bei C. Jäger,[9]) Hafner[10]) und Rossel.[11])

---

[1]) a. a. O. 187; Regelsberger hat die daselbst geäußerte Ansicht, daß der Indossant kein Aussonderungsrecht habe, geändert; s. Pand. Bd. 1 1893 S. 519, 342.

[2]) WR. Bd. 2 § 89.

[3]) Konkursprozeßrecht 1899 S. 91.

[4]) In seiner Zeitschr. f. HR. Bd. 39 S. 433.

[5]) Grünhuts Zeitschr. Bd. 13 S. 586 ff. (§§ 22 f.).

[6]) Das Vollindossament zu Inkassozwecken, Berlin 1892.

[7]) ArchCivPrax. Bd. 100, welcher sagt, das Indossament erzeuge stets, mit der einzigen Ausnahme des Prokuraindossaments, die gleichen Wirkungen (S. 295 f.); vgl. unten S. 49 zu Anm. 4.

[8]) Handausgabe des BGB. Bd. 1, Berlin 1905, § 1292 I.

[8]) SchKG. Art. 201 N. 6.

[10]) OR. Art. 728 N. 2a; beide ohne Begründung.

[11]) Manuel S. 814; „L'endossement . . . est translatif de propriété, d'une manière absolue, même . . . dans le cas où, malgré l'endossement sans réserve, les intéressés auraient en vue autre chose que le trans-

c) Das Indossament hat keine Rechteübertragungswirkung.

Die Auffassung aber, daß durch das Indossament Wechseleigentum- und Gläubigerschaft übergehe, hat eine große Anzahl von Gegnern gefunden. Zunächst wird bezüglich des Wechseleigentums auf Art. 10 WO. verwiesen.[1]) Aus diesem Artikel wird von den Gegnern hauptsächlich auf den Rechteübergang geschlossen. Dagegen wird geltend gemacht, daß mit den Worten „alle Rechte aus dem Wechsel" nicht das Eigentum getroffen wird, daß es sich hier vielmehr um eine formelle Berechtigung, welche die Wechselordnung selbst aufstellt, handelt.[2]) Sodann wird darauf hingewiesen, daß die Motive selber der Auffassung waren, daß das Indossament nur zur Klage legitimiere, der Eigentumsübergang aber vom Parteiwillen abhänge.

Mit der Verneinung des Eigentumsüberganges fällt dann auch der Satz, daß die Gläubigerschaft aus dem Wechsel übergehe, wenn man annimmt, daß Wechseleigentum- und Gläubigerschaft als Bestandteile der Transportfunktion — d. h. der Bedeutung des Indossaments als Mittel zur Rechteübertragung — unzertrennbar sind. Letzteres wird aber seit Goldschmidt, der diese Auffassung aufbrachte, allgemein anerkannt.[3])

Der Wegfall des Wechseleigentums ergäbe sich außerdem aus § 952 BGB., nach welchem das Eigentum an

---

fère de propriété, un endossement — procuration (Art. 735) ou un endossement — garanti (Art. 214)".

[1]) vgl. den gleichlautenden Artikel 728 OR.

[2]) Fuß a. a. O. S. 87, welcher auch den arg. e contrario aus Art. 17 WO. gezogenen Schluß, daß bei Vollindossament Eigentum nicht übergehe, ablehnt.

[3]) Goldschmidts Zeitschr. Bd. 8 S. 330; vgl. Fuß a. a. O. S. 103; Hafner Art. 728 N. 2A: „Ob das Indossament ... das Eigentum des Wechsels und mit diesem die Forderung aus demselben ... überträgt ..."

dem über eine Forderung ausgestellten Schuldschein dem Gläubiger zusteht. Das gleiche gilt nach Abs. 2 nun auch für „Urkunden über andere Rechte", und unter letztere fällt auch der Wechsel. Das Eigentum des Wechselgläubigers müßte sich aus dem Rechte aus dem Wechsel ergeben resp. mit diesem fallen; ebenso wie mit der Gläubigerschaft das Eigentum stehen und fallen müßte.

Als Wirkung des Indossaments bleibt dann nur die Erzeugung der „mit der materiellen Berechtigung ... nicht notwendig zusammenhängenden formellen Rechte, welche zur wechselmäßigen Erhaltung und Geltendmachung der Wechselforderung dienen", die „papiermäßige Legitimation" des Indossatars. Es „legitimiert den Inhaber als den materiellen Wechselberechtigten bis zum Beweise der Nichtberechtigung.[1])

Hauptsächlich aber gründet sich die dargestellte Auffassung auf § 1292 BGB., welcher lautet:

> Zur Verpfändung eines Wechsels oder eines anderen Papiers, das durch Indossament übertragen werden kann, genügt die Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers und die Übergabe des indossierten Papiers".

Ebenso bestimmte schon Art. 309 a. HGB., daß unter Kaufleuten zur Bestellung eines Faustpfandes an indossablen Papieren neben der Vereinbarung die Übergabe des indossierten Papieres genüge.

Aus diesen beiden Bestimmungen nun ergibt sich (de lege lata) die Unhaltbarkeit der Auffassung, daß das Indossament notwendigerweise die Rechteübertragung zur Folge habe.

Bezüglich des letzteren Artikels herrschten allerdings bei den Beratungen der Nürnberger Kommission[2]) sehr

---

[1]) Fuß a. a. O. S. 105; Gierke Bd. 2 S. 153; Jacobi a. a. O. S. 56.

[2]) Kommission zur Beratung eines allgem. deutschen HGB.

verschiedene Auffassungen. Abgesehen davon, daß dort ein Vertreter den Tatbestand der Verpfändung durch Indossament noch als Simulation betrachtete, standen sich die Ansichten gegenüber, einerseits, daß der Übergang des Gläubigerrechts bewirkt werde, und andererseits, daß durch das Indossament der Pfandgläubiger nur „in die Lage versetzt werde, über das Pfand zu verfügen".[1])

Die Absicht des Gesetzgebers aber, dem Pfandgläubiger nicht die freie Begebung seines Wechsels „um des Indossaments willen" zu gestatten, ergab sich schon daraus, daß er es ausdrücklich ablehnte, ihn von den über den handelsrechtlichen Pfandverkauf vorgeschriebenen Formen zu befreien, sowie daraus, daß nach den Protokollen der Pfandgläubiger nur zur rechtzeitigen Einziehung (d. h. vor der Verjährung) des Wechsels berechtigt sein sollte, während der eigentliche Gläubiger den Zeitpunkt der Einklagung frei bestimmen kann.[2])

Aber der Wortlaut des Art. 309 genügt auch allein für die Annahme, daß durch das Indossament Eigentum und Gläubigerschaft nicht übergehen. Bezüglich des ersteren verweist Fuß darauf, daß die Worte „Faustpfand" und „Verpfändung" ein Eigentum des Indossatars ausschließen, und bezüglich der Gläubigerschaft, daß diese an sich schon dem Wesen des Pfandrechts widerspreche.

Aus der Absicht des Gesetzgebers sowohl wie aus dem Wortlaute dieses Artikels ergibt sich also die Unhaltbarkeit der Annahme, daß das Indossament notwendigerweise die Rechtsübertragung bewirke.

---

[1]) Fuß a. a. O. S. 106ff.

[2]) Fuß S. 113. So sagt auch Planck (Bd. 3 § 1292 N. 4 S. 851f.), daß bei den durch das Pfandrecht nach § 1292 begründeten Befugnissen offenbar davon ausgegangen wurde, daß der Pfandgläubiger „nicht ohne weiteres alle Rechte erwerbe, die nach den allgemeinen Vorschriften über das eigentliche Indossament durch dieses begründet werden, denn sonst würde sich das in § 1294 bestimmte Einziehungsrecht von selbst verstehen".

Dieser Art. 309 wurde dann nicht in das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 hinübergenommen, sondern wurde als durch das Bürgerliche Gesetzbuch, dessen Vorschriften über die Form der Pfandbestellung mit dem genannten Artikel im wesentlichen übereinstimmen, entbehrlich erachtet.[1])

So gibt nun der Wortlaut des § 1292 BGB. vollen Beweis dafür, daß das Indossament an sich die Wirkung der Rechteübertragung nicht hat. Allerdings konnte sich damals der Gesetzgeber noch nicht von der Ansicht freimachen, daß durch das Indossament fiduziarische Übertragung des Eigentums im römischen Sinne, d. h. volle Eigentumsübertragung mit obligatorischen Beziehungen eintrete, und ferner, daß „ein eigentliches Pfandrecht am Wechsel mittels Indossierung" unmöglich sei.[2])

Gegen die genannte Auffassung eines „bloß fiduziarischen Vertrages",[3]) d. h. obligatorischer Beziehungen bei Eigentumsübergang, wurde übrigens in der Kommission für die 2. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs Stellung genommen, indem ausgeführt wurde, daß die Stellung des Pfandgläubigers so beschaffen sein müsse, daß er „äußerlich ... zur Einziehung und Weiterbegebung ... legitimiert" sei, während intern Pfandrecht maßgebend und das Eigentum beim Indossanten bleibe. Dies führe auch zur Aussonderung im Konkurse des Indossatars und ferner zur Unterschlagung bei vertragswidriger Begebung.[4])

[1]) Hahn, Mat. z. HGB., zu § 368.

[2]) BGB. Mot. Bd. 3 S. 868; ebenso zum zweiten Streichungsantrag Prot. Bd. 3 S. 528.

[3]) Prot. Bd. 3 S. 527.

[4]) Trotzdem beantragte der Vertreter dieser Meinung Streichung des Paragraphen, da eine besondere Bestimmung nicht notwendig sei, im Hinblick auf die Vorschrift, daß zur Übertragung des Rechts aus dem Wechsel die Übergabe des Papiers erforderlich sei, mithin also auch für die Begründung des Pfandrechts (Prot. Bd. 3 a. a. O.).

Nachdem nun trotz der Streichungsanträge der § 1225 (= § 1292) beibehalten wurde,[1]) und zwar vollständig in Übereinstimmung mit dem genannten Art. 309, kann man, besonders da dadurch der Frage nach dem Charakter der Pfandverträge an Orderpapieren „nicht präjudiziert" werden sollte,[2]) unbedenklich auf den Wortlaut des Paragraphen abstellen.

Dann widerspricht aber der Auffassung, daß durch § 1292 Übertragung des Wechseleigentums mit obligatorischer Wirkung erfolge, wie Fuß bemerkt, der Wortlaut „zur Verpfändung".[3]) Ferner widerspricht ihr die Tatsache, daß neben dem Pfandgläubiger der Gläubiger genannt ist, wonach also der Indossatar nicht Gläubiger sein kann.

Hiergegen hat Wendt[4]) geltend gemacht, daß das Wort „Verpfändung" zur Begründung der hier vertretenen Ansicht, welche er als eine „willkürliche und unbegründete Neuerung" bezeichnet, noch nicht genüge, denn die Vorschrift spreche gerade nicht von einem „Pfandrecht" am Papier, sondern mit dem Gesetzesinhalt sei noch jede

[1]) „Als Erfordernis des Verkehrs", da es sonst zweifelhaft sein könnte, ob im Hinblick auf Art. 309 a. HGB., der nur für Kaufleute gelte, für das bürgerliche Recht nur die Verpfändung nach Art der Abtretung zulässig sein sollte (a. a. O. S. 529).

[2]) Prot. S. 529. Man wollte sich mit der praktischen Vorschrift der Übergabe begnügen, ohne „andere damit zusammenhängende, wesentlich für das Handelsrecht wichtige Fragen zu entscheiden". S. dazu Planck, BGB. § 1292 N. 4.

[3]) a. a. O. S. 115; Fuß sagt ferner, daß darüber auch die unlogische Bemerkung, es liege kein „Pfandrecht im eigentlichen Sinne" vor (Mot. Bd. 3 S. 868), nicht hinweghelfe.

[4]) s. oben S. 44 Anm. 7. Wendt kommt dann nach seiner von der unserigen abweichenden Auffassung, daß es, abgesehen vom Prokuraindossament, „immer nur ein und dasselbe Indossament" gebe, zu dem Schlusse, daß sich, wenn als Mittel zur Verpfändung das Indossament verlangt werde, sich die Wirkungen der Verpfändung nach diesem Mittel bestimmen (a. a. O. S. 294 ff.).

Art der Verpfändung vereinbar, und auch die fiducia cum creditore sei noch eine Verpfändung. Diese Ansicht läßt sich aber nicht mit der hier vertretenen vereinen, nach welcher sich die fiduziarische Eigentumsübertragung in scharfen Gegensatz zu der Verpfändung stellt, indem sie nach außen volles, wirksames Eigentum überträgt, während dem Wesen einer Verpfändung nach die verpfändete Sache dem Pfandgläubiger gegenüber eine fremde bleibt.

In der schweizerischen Gesetzgebung finden wir analoge Bestimmungen. Die bezüglichen Vorschriften des Obligationenrechts über den Wechsel (Art. 728, 735) stimmen mit denjenigen der Wechselordnung (Art. 10, 17) überein. Die Vorschrift über die Verpfändung von Orderpapieren findet sich in Art. 214 OR., welcher lautet:

> „Zur Verpfändung von Wechseln und andern indossablen Papieren ist die Übergabe des indossierten Papiers an den Faustpfandgläubiger erforderlich".

Also sind auch hier die genannten Folgerungen zu ziehen.[1]) Das Indossament hat nicht die Rechteübertragungswirkung, und es kann auch bei Vollindossament ein Pfandrecht bestellt werden.

Nachdem nun der § 1292 BGB., auf dessen Bedeutung

[1]) Die abweichende Fassung, daß außer der Übergabe das Indossament erforderlich ist — welche Fassung Wendt (a. a. O. S. 293) für „glücklicher und bestimmter" hält — ändert an der hier vertretenen Auffassung bezüglich der Wirkungen des Indossaments, von welcher der Gesetzgeber ausgehen mußte, nichts. Vgl. Staub, HGB. 1900 Bd. 2 § 368 Anm. 12. — Nach Wieland (a. a. O. S. 356) ist dieser Standpunkt de lege ferenda anfechtbar. — Über die Kontroverse, ob die Verpfändung von Orderpapieren nur nach Art. 214 OR. geschehen kann, s. Wieland S. 356 ff; Haberstich Bd. 1 S. 761; Revue jud. Bd. 11 S. 355 ff; Rechenschaftsbericht des Zürch. OG. 1887 N. 34. Das ZGB. sagt nunmehr in Art. 901, daß die Übergabe der Urkunde in Verbindung mit einem Indossament oder mit einer Abtretungserklärung erforderlich sei.

namentlich Schultze[1]) hingewiesen hat, wesentlich dazu beitrug, daß die Ansicht, der Eigentumsübergang des Wechsels trete keineswegs „unabhängig von einer darauf gerichteten Einigung ein“,[2]) verbreitet wurde, kann man dieselbe als die herrschende bezeichnen.[3]) Ihr haben sich vor allem die hauptsächlichsten Kommentatoren des Bürgerlichen Gesetzbuches, des Handelsgesetzbuches und der Wechselordnung angeschlossen.

Planck[4]) sagt dazu: „Das Eigentum an dem Papiere wird (da das Gesetz an die von ihm genannten Voraussetzungen ein Pfandrecht knüpfe) nicht übertragen. Die Übertragung folgt auch nicht aus den Vorschriften über die Wirkungen des Indossaments, denn wenn nach diesen die in Rede stehenden Orderpapiere durch Indossament übertragen werden können, so überträgt doch unstreitig auch ein eigentliches Indossament das Eigentum an dem Papiere nur dann, wenn ein gültiger, auf die Übertragung gerichteter Vertrag hinzukommt ... Für die Anwendung der allgemeinen Vorschriften über das Indossament bleibt hiernach nur insoweit Raum, als das der Verpfändung dienende Indossament den Pfandgläubiger mit den Beschränkungen, die sich aus den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ergeben, nach außen hin in gleicher Weise als Eigentümer legitimiert wie ein zwecks Übertragung erfolgendes eigentliches Indossament“.

Ebenso ist nach Cosack der Pfandgläubiger nicht Wechseleigentümer geworden, sondern hat nur „den Wechselschuldnern gegenüber die Stellung eines gewöhnlichen In-

[1]) Jherings Jahrb. Bd. 43 S. 53, wobei aber gemäß Schultzes Auffassung über die Treuhänderschaft der Indossatar die Rechte nur unter auflösender Bedingung erhält. Dagegen Gierke a. a. O. S. 152; Weinberger S. 410.

[2]) Gierke Bd. 2 S. 151 f.

[3]) Jaeger, KO. § 43 Anm. 20; Seuffert, Konkursprozeßrecht Anm 91.

[4]) BGB. Bd. 3 § 1292 Nr. 4.

dossatars".[1]) Ferner:[2]) „unzutreffend ist die ... Behauptung, daß ... der Indossatar in Wirklichkeit kein Pfandrecht, sondern Eigentum am Papier erlange. Allerdings kann man dem Vollindossament nicht ansehen, daß es keine Übereignung, sondern eine Verpfändung des Papiers bezweckt; das schadet aber nichts, denn auch der schlichten Übergabe einer Ware oder eines Inhaberpapiers kann man nicht ansehen, ob sie zwecks Übereignung oder zwecks Verpfändung erfolgt ist, und es ist nicht verständlich, warum diese Unklarheit bei der schlichten Übergabe erträglich, bei der Indossierung dagegen unerträglich sein soll".

Ebenso ist nach Wächter[3]) der Indossatar im genannten Falle nicht Eigentümer geworden, sondern nur „als Wechselinhaber legitimiert". „Auch ein formell als Eigentumsindossament sich darstellendes Giro kann die Übertragung bloß zum Inkasso ... (oder in Kommission) ... bezwecken ... Hierdurch wurde (der Indossatar) nicht Eigentümer des Wechsels."[4]) Endlich gehören hierher Gierke,[5]) Düringer-Hachenburg,[6]) v. Sarwey,[7]) Jacobi.[8])

[1]) HR. § 56 II, 6. Im Anschluß an Cosack sagt C. Jäger (Art. 197 N. 4) ohne Begründung, daß zu Pfand übergebene Wechsel, „selbst wenn sie auf den Gemeinschuldner indossiert worden sind", vindiziert werden können. Vgl. unten S. 96 zu Anm. 1.

[2]) BGB. Bd. 2 § 262, 1a.

[3]) WR. S. 445.

[4]) Enzyklopädie des WR. Bd. 1 S. 590 Anm. 2.

[5]) Gierke, PrivR. Bd. 2 S. 151ff., 1018f.

[6]) HGB. Vorbem. zu § 368 Nr. 2Aff. S. 488.

[7]) KO. § 35 N. 8, mit der Auffassung, daß auch bei sonstiger fiduziarischer Rechtsübertragung das Recht nicht übergehe.

[8]) a. a. O. § 12 S. 55ff. — Dabei interessiert hier nur das negative Ergebnis aus § 1292, d. h. die Tatsache, daß der Indossatar nicht Eigentümer wurde, während die Frage nach der Art der Gebundenheit des Indossatarpfandgläubigers, wie sie sich aus dem genannten Paragraphen selber ergibt und welche nach Schultze (a. a. O. S. 53) ein eigentliches Pfandrecht darstellt, aus dem Worte Einigung folgend, nicht in Betracht kommt.

Auf dem Gebiete der schweizerischen Literatur hat sich u. W. nur ein Schriftsteller mit der Frage (wenigstens indirekt) befaßt, nämlich A. Wieland,[1]) welcher sagt, daß das Indossament den Gegensatz zwischen Verpfändung und Eigentumsübertragung nicht beachtet, d. h. daß es zwischen den einzelnen Arten der Rechtsübertragung keinen Unterschied macht, daß also „die Form der Übertragung der Rechte aus dem Orderpapier durch Order ein und dieselbe" ist (S. 366 ff.). Ohne indessen die Rechtswirkung dieser einheitlichen Übertragungsform direkt in Betracht zu ziehen, scheint Wieland doch zu der Ansicht sich zu bekennen, daß das Indossament an sich dem Indossatar nur die Legitimation als Gläubiger verschaffe (S. 363, 366). Er gibt aber die Möglichkeit eines fiduziarischen Eigentums an Orderpapieren zu, der Art, daß „nach außen" der Indossatar über das Papier „frei wie ein Eigentümer verfügen" kann, während er „nach innen . . . gemäß den Grundsätzen des fiduziarischen Eigentums an das interne Rechtsverhältnis mit dem Indossanten gebunden" ist (Anm. 21).

Zu den Gegnern dieser Ansicht gehört vor allem

[1]) s. oben S. 27 zu Anm. 2. Den beiden oben S. 44 angeführten gegenteiligen Ansichten schweizerischer Gesetzeskommentatoren fehlt eine Begründung. — Wielands Arbeit richtet sich gegen die Praxis, nach welcher durch den auf einer Namensaktie angebrachten Vermerk „Zession" eine Verpfändung derselben trotz der Verpfändungsabsicht nicht stattfindet; ebensowenig findet nach dieser Praxis ein Eigentumsübergang statt, da der Parteiwille nicht so weit reiche, und es entstehe kein Pfandrecht, da das Gesetz hierzu ein Indossament voraussetze. Der genannte Vermerk bildet aber im Verkehr die gebräuchliche Art der Verpfändung solcher Papiere; dagegen sagt nun Wieland einerseits, daß jede Übertragungserklärung auf einem Orderpapier im Zweifel als Indossament ausgelegt werden müsse, und andererseits, daß bei der entgegengesetzten Ansicht doch Eigentumsübergang hätte angenommen werden sollen, und zwar fiduziarische Eigentumsübertragung zu Pfandzwecken, als ein Fall der sogen. Sicherungsübereignung (S. 376 f.).

Dernburg[1]): „Das Indossament überträgt alle Rechte schlechthin. Der Erwerber ist nur obligatorisch verpflichtet, das ihm überlassene Recht zu den Zwecken des Pfandrechts auszuüben". Endemann sagt[2]): Der Pfandgläubiger erlangt . . . die in dem Orderpapier verbrieften Forderungen dem vollen Rechte nach". Auch nach Rehbein soll hier der Indossatar Eigentümer werden, „wenn auch mit Beschränkung" (WO. S. 53 N. 29; vgl. unten S. 56 Anm. 4).

Das Reichsgericht hat die Gültigkeit des Vollindossaments zu Inkassozwecken gebilligt.[3]) Doch steht es bezüglich der Transportfunktion auf einem dem unserigen entgegengesetzten Standpunkte,[4]) indem es Eigentum des Indossatars annimmt. So wenigstens in seinen Zivilurteilen. Dagegen hat es in einem strafrechtlichen Urteile[5]) eine Unterschlagung durch den Indossatar angenommen, da die Absicht, Eigentum zu übertragen, nur anzunehmen sei, solange nicht „entgegengesetzte Tatsachen oder Erklärungen eine andere Absicht darlegen".

Eine Entscheidung des Bundesgerichts über diese Art des Indossaments ist uns nicht bekannt.[6]) Doch hat sich das Züricher Obergericht bezüglich der Einreden über das Vollindossament ausgesprochen, das „in Wirklichkeit nicht ein Eigentums-, sondern ein Inkasso- oder Prokuraindossament" war, wobei „die Meinung die war, daß die Forderung aus dem Akzept solche des . . . Indossanten bleiben und vom . . . (Indossatar) nur für denselben eingezogen werden

---

[1]) B. R. Bd. 3 S. 827.

[2]) B. R. Bd. 2 § 145 II S. 575.

[3]) RG. Bd. 36 S. 55.

[4]) RG. Bd. 27 S. 129.

[5]) In Blums Annalen Bd. 2 S. 220.

[6]) BG. Bd. 12 S. 324 sagt nur allgemein, daß das Indossament alle Rechte aus dem Wechsel übertrage, verweist dabei aber allerdings auf die beiden Artikel über Voll- und Prokuraindossament (728, 735), was den oben S. 45 Anm. 2 genannten Schluß vermuten läßt.

soll".[1]) Ebenso bezieht sich das Urteil desselben Gerichtshofes v. 30. 4. 1884[2]) auf die Einreden, wenn der Indossatar „au lieu d'être propiétaire de la lettre, n'était qu'un simple mandataire, dans le sens de l'article 735", wobei es den Fall gegenüberstellt: „si au contraire l'endossement était translatif de propriété".

d) Folgen der Negation der Rechtsübertragung beim Indossament.

Da nun nach dem Ausgeführten das Indossament nur die wechselmäßige Legitimation des Indossatars bewirkt, ist die Übertragung der Rechte dem Parteiwillen überlassen,[3]) und es ist daher auch hier die oben entwickelte fiduziarische Übertragung der Rechte aus dem Wechsel in dem Sinne möglich, daß der Indossatar nach außen Wechseleigentümer und Gläubiger, und damit auch zur Weiterbegebung berechtigt wird — sei es zur vertragsmäßigen oder vertragswidrigen, mit obligatorischer Ersatzverpflichtung, vgl. oben S. 7 —, während für das interne Verhältnis z. B. Pfandrecht oder Vollmacht maßgebend sind und damit das Eigentum am Wechsel beim Indossanten bleibt.[4])

[1]) 9. 6. 1891 in BlZüR. 1891 S. 298.

[2]) Revue jud. II, 1885. Ebenso spricht Hafner Art. 811 N. 3 von einer Einrede, sofern der Kläger „bloß (wirklicher) Prokuraindossatar ist"; vgl. dagegen Art. 728 N. 2a (oben S. 44 Anm. 10).

[3]) Ohne daß dabei eine Vermutung zugunsten des Eigentumsüberganges mit der Möglichkeit des Gegenbeweises, der Indossatar sei in Wirklichkeit nur Prokurator gewesen, Platz greift, wie z. B. Hoffmann (Siebenhaars Arch. Bd. 14 S. 247) meinte. Darüber s. Thöl, HR. 1847 S. 389; vgl. Fuß a. a. O. S. 3. So sagt Brüstlein-Rambert: l'endossement régulier fait présumer le transfert de propriété" (Art. 201 Nr. 5) und ähnlich Haberstich (OR. Bd. 1 S. 310).

[4]) Die Einigung kann das Maß von Recht, das der Indossatar haben soll, verschieden bestimmen; Schultze (Jherings Jahrb. Bd. 43 S. 52), welcher allerdings diese durch das Indossament ermöglichte Einigung, den dinglichen Vertrag, erheblich von dem unserigen abweichend bestimmt; vgl. Weinberger a. a. O. S. 413f.

Daß dieser daher im Konkurse des Indossatars Aussonderungsberechtigter wird, wird von den Anhängern der hier vertretenen Auffassung über das Indossament allgemein betont.[1])

Es ist hier noch auf die Fälle hinzuweisen, in denen trotz des Einzugszweckes die Parteien den Rechteübergang bereden, welcher nun infolge dieser Parteikonvention erfolgt.[2]) Dieser Rechteübertragungswille wird z. B. vorhanden sein, wenn bei Kauf der Wechsel vom Käufer begeben wird, womit eine Veräußerung, d. h. die Aufgabe der Rechte aus dem Wechsel beabsichtigt sein wird, indem der Wechsel und nicht die daraus einzuziehende Summe den Gegenwert für die Leistung des andern Teils, des Verkäufers, zu bilden hat.[3])

Immer ist Rechtsübertragung anzunehmen bei Indossierung des Wechsels zur Diskontierung.[4]) Diese ist

[1]) Gierke a. a. O. S. 152; Cosack, HR. § 56 II, 6; Wächter, WR. § 120; Schultze a. a. O. S. 53, 56; Rehbein, WO. S. 53 N. 29; Staub-Stranz, WO. Art. 17 Anm. 14 A; J. u. M. Stranz, WO., Berlin 1906, Art. 17 Anm. 15; Jacobi § 11 a. E.

[2]) Es kann ausnahmsweise zu Pfandzwecken auch (intern) das Mittel fiduziarischer Eigentumsübertragung gewollt sein; Jacobi a. a. O. S. 60; Wolf, BGB. § 1292 N. 2.

[3]) Dies wird sich aus der Art der kaufmännischen Eintragung ergeben, indem hier der Wechsel als wegbegeben gebucht wird, während der zum Inkasso indossierte unter den Aktiven figuriert; vgl. Regelsberger S. 184.

[4]) Staub-Stranz Art. 83 Anm. 33; ebenso Rehbein S. 54 (da hier ohne Eigentumsübertragung der Auftrag nicht zu erfüllen sei). Der Komm. von J. u. M. Stranz dagegen sieht hierin ein Inkassomandat (Art. 17 Anm. 16). — Nach Rehbein (a. a. O.) kann der Indossant den noch nicht diskontierten Wechsel im Konkurse des Indossatars kondizieren; vgl. dazu Jacobi a. a. O. S. 55 Anm. 2. Über das teils für Rechnung des Indossanten, teils für Rechnung des Indossatars erfolgende Indossament, genannt „fiduziarisches" Indossament, im Gegensatze zu dem nur zu Vollmachtszwecken und nur für Rechnung des Indossanten erfolgenden „Inkassomandatindossament", vgl. Staub-Stranz Art. 17 Anm. 16; J. und

ein „Erwerb des Wechsels gegen einen bestimmten Preis", ein Wechselkauf.

e) Die Arten der fiduziarischen Übertragung von Orderpapieren.

Die häufigste und zugleich wichtigste Art der fiduziarischen Übertragung von Orderpapieren ist die Indossierung von solchen zum Inkasso.

Eine gebräuchliche Art der fiduziarischen Übertragung der Wechselrechte stellt ferner der sogen. Sicherheitswechsel dar, auch Kautionswechsel, Depotwechsel genannt, der für eine noch nicht bestehende, nur künftig mögliche Schuld, aber doch bereits für eine bestimmte Summe begeben wird.[1]) Derselbe hat sich ausgebildet, weil keine Wechselverbindlichkeit für eine bestimmte, der Größe nach noch unbestimmte Schuld möglich ist. Er bildet also ein Beispiel des fiduziarischen Rechtsgeschäftes in Fällen, wo eine für die Zwecke des betreffenden Geschäftes geeignete Rechtsform fehlt (s. oben S. 3).

Das „fiduziarische Moment" liegt darin, daß, während der Wechsel auf die höchste Summe ausgestellt wird, die Parteien verabreden, derselbe solle nur in Höhe der später zu bestimmenden Summe geltend gemacht werden dürfen.[2]) Es besteht also auch hier das allen fiduziarischen Rechtsgeschäften gemeinsame Merkmal, nämlich ein weitergehendes Mittel zur Erreichung eines begrenzten Zweckes.

M. Stranz ebenda; RG. Bd. 41 S. 114; BlZüR. 1891 S. 298. Hier liege „ein wirkliches Eigentumsindossament" vor, bei welchem der Indossatar „nicht bloß fremde Rechte ausübt". Unter dieses „fiduziarische Indossament" stellt der Komm. von J. u. M. Stranz a. a. O. auch das Indossament zu Pfandzwecken, da es „im gleichzeitigen Interesse des Indossanten und des Indossatars erfolgt"; ebenso Staub-Stranz a. a. O.

[1]) v. Lang a. a. O. S. 337; Crome, B. R. Bd. 1 S. 334.

[2]) Goltz a. a. O. S. 83 (ROHG. Bd. 6 S. 439).

Es ist auch hier die Konsequenz zu ziehen, daß die Rechte aus dem Wechsel dem Kautionsgläubiger nicht vollwirksam übertragen werden sollten, und daß der Nebenabrede dingliche Wirkung (für den Konkurs) beigemessen werden muß.

Die Sicherung für den Kautionsgläubiger besteht darin, daß er sich bei Verfall des Wechsels im Wege der Wechselklage für die zu sichernde Forderung befriedigen kann.[1])

§ 11.

Fiduziarische Übertragung von Mobilien.

A. Die Sicherungsübereignung im allgemeinen.

a) Einleitung.

Daß diese Art des fiduziarischen Rechtsgeschäftes wirtschaftlich wohl die bedeutsamste ist, ist oben schon gesagt. Fälle dieser Art beschäftigen den Richter sehr häufig.[2]) Die Veranlassung, welche dieses Rechtsgeschäft zu einem wirtschaftlich so wichtigen macht, gibt zugleich den Grund dazu, warum dasselbe hier eine besondere Behandlung erfährt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Mobiliarhypothek verboten.[3]) Nach § 1205 erfordert die Bestellung eines Pfandrechts an beweglichen Sachen die Übergabe der Sache an den Pfandgläubiger. Das gleiche Erfordernis stellt

---

[1]) ROHG. Bd. 8 N. 34 S. 142; Wächter, WR. S. 443; Staub-Stranz Art. 82 Anm. 27. Dem stehen die auf den Wechsel gesetzten Worte „zum Depot", Depotwechsel", welche an sich zulässig, wechselrechtlich aber bedeutungslos sind, nicht entgegen; s. Staub-Stranz a. a. O. und Art. 4 Anm. 57; Goltz a. a. O. S. 84; Wendt a. a. O. S. 294.

[2]) Hellwig, ArchCivPrax. Bd. 64 S. 386, schrieb z. B., daß sie in Hessen fast alltäglich geschlossen werden.

[3]) Nachdem dieses Verbot vorher in § 12 EG. z. KO. enthalten war.

Art. 210 schweiz. OR. auf,[1]) welches im zweiten Kapitel des 6. Titels das Faustpfandrecht regelt.[2]) Demnach ist bei der Pfandbestellung an Mobilien Übergabe durch constitutum possessorium (§ 930 BGB., Art. 202 OR.) ausgeschlossen.

Damit ist nun demjenigen, der nur noch Gegenstände besitzt, die er zur Ausübung seines Berufes nicht aus der Hand geben kann, die aber doch noch eine beträchtliche Kreditunterlage bilden würden, die Möglichkeit genommen, Realkredit zu erlangen. Daß der Grundsatz des Faustpfandes als einzige Form des Mobiliarpfandes aber eine unerträgliche Härte in sich trägt, daß dadurch Objekte dem Mobiliarkredit entzogen sind in Fällen, „in denen erfahrungsgemäß ein gerechtfertigtes Bedürfnis zur Verpfändung (ohne Aufgabe des Gewahrsams) nachweisbar ist", wird immer mehr, auch für das schweizerische Recht, anerkannt.[3]) „Mit welchem Rechte soll es dem Gewerbetreibenden, mit welchem Rechte dem Landwirt versagt sein, auf das ihm gehörige bewegliche Inventar Geld zu leihen?"[4]) Am deutlichsten aber ist das Bedürfnis nach

[1]) Ebenso Art. 884 ZGB.

[2]) „Mit einer Vollständigkeit, welche den kantonalen Rechten keinen Spielraum mehr läßt"; Huber, System Bd. 3 S. 447. Dabei ist zu bemerken, daß Inhaberpapiere durch Art. 210 bezüglich des Pfandrechtes ausdrücklich den Mobilien gleichgestellt sind; vgl. Art. 901 ZGB.

[3]) Linckelmann, ArchBürgR. Bd. 7 S. 211; vgl. Kohler ebenda S. 234; Cosack, B. R. Bd. 2 S. 294; Huber Erl. Bd. 3 S. 313ff.; Hirzel, Das constit. poss. S. 119ff. — Daß sich dem auch der Gesetzgeber des BGB. nicht verschlossen hat, darüber s. unten S. 64f. — Hellwig (a. a. O.) S. 370 spricht allerdings nur von „Unbequemlichkeit".

[4]) Linckelmann (a. a. O. S. 210), welcher auch darauf aufmerksam macht, daß dabei nicht an Gegenstände zu denken ist, die dem Schuldner selbst oder seiner Familie notwendig sind, indem solche Gegenstände wie der Zwangsvollstreckung so auch der freiwilligen Verpfändung im Interesse der Menschlichkeit entzogen sein sollten.

einem Auswege, das sich infolgedessen ergibt, in der großen Zahl der Fälle ausgesprochen, in denen sich das praktische Leben dadurch geholfen hat, daß es eine Rechtsform schuf, welche dingliche Sicherung an Mobilien ohne Aufgabe des Gewahrsams gab. Es ist dies die überaus zahlreich vorkommende Sicherungsübereignung.

So wird denn der Gegenstand, welcher der Sicherung dienen soll, dem Gläubiger zu Eigentum übertragen, aber nur fiduziarisch. Dabei vollzieht sich die Übertragung durch constitutum possessorium, wobei der Schuldner den Gegenstand gewöhnlich als Mieter weiter besitzt. Indem der Gläubiger nur fiduziarischer Eigentümer geworden ist, ist er es, gemäß der oben entwickelten Auffassung, nach außen, wodurch er instandgesetzt ist, den Gegenstand jederzeit zu seiner Befriedigung gültig zu veräußern. Nach innen dagegen bleibt der Gegenstand im Eigentum des Schuldners, und es gelten hier die Sätze des Pfandrechts (vgl. oben S. 8 f.).

Hier sei zugleich auf die Tatsache verwiesen, daß diese Fälle durchweg Leute in bedrängten ökonomischen Verhältnissen betreffen, und daß dieser Umstand die Gefahr herbeiführt, daß ein großer Teil dieser Geschäfte zu fraudulösen Veräußerungen benutzt wird. So kommt es, daß Dernburg[1]) dieselben „eine wahre Pest für den allgemeinen Kredit“ nennen konnte. Da aber Geschäfte solcher Art nicht nur unter die Anfechtungsgesetze fallen, sondern nach den allgemeinen Bestimmungen als unsittlich zu betrachten sind,[2]) kommen hier nur diejenigen in Betracht, bei welchen diese Benachteiligungsabsicht ausgeschlossen ist.[3])

---

[1]) B. R. Bd. 1 S. 503; Hellwig (S. 57 Anm. 1) sagt, daß sie „zu einer wahren Kalamität für das Verkehrsleben geworden sind“.

[2]) Ebenso Dernburg a. a. O.; Heilbrunn a. a. O. S. 98; vgl. Staudinger, BGB. Bd. 1 S. 336.

[3]) Dies ist für das schweizerische Recht um so klarer, als

Ebenso ist zu bemerken, daß für die im folgenden behandelten Fälle Ernstlichkeit des Übertragungswillens Voraussetzung ist, während Fälle der Simulation außer Betracht fallen. Daher kommt hier auch die Frage, ob die genannten Geschäfte, weil fiduziarische, an sich als simulierte anzusehen seien, nach dem oben (§ 4) Ausgeführten nicht mehr in Betracht.

b) Literatur.

Die Sicherungsübereignung wird nun, weil sie wirtschaftlich einen Ersatz der Mobiliarhypothek bedeutet, als ein Geschäft bekämpft, welches zur Umgehung der die Faustpfandbestellung regelnden Gesetze dienen soll.

Hellwig[1]) stellt das Prinzip auf, daß privatrechtliche Verbote in der Regel nicht einen juristischen, sondern einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen, indem das Gesetz gewisse wirtschaftliche Resultate ausgeschlossen sehen wolle. Dabei richte sich das Verbot gegen diejenige Rechtsform, in welcher die betreffenden wirtschaftlichen Resultate gewöhnlich erzielt werden. Das in fraudem legis abgeschlossene Geschäft brauche dann nicht mit der verbotenen Form juristisch identisch zu sein, wenn es nur denselben wirtschaftlichen Zweck verfolge. An Hand dieses Prinzips kommt Hellwig zur Bejahung der Frage, ob die eine Mobiliarhypothek verbietenden Gesetze nicht lediglich die spezielle Rechtsform des Pfandrechts, sondern das mit einem Pfandrecht regelmäßig hervorgebrachte Resultat treffen wollen, d. i. jede Realsicherung eines Gläubigers an

Art. 202 II OR. die Eigentumsübertragung durch constit. poss. ausdrücklich (Dritten gegenüber) für unwirksam erklärt, sofern eine Benachteiligung derselben beabsichtigt ist; vgl. unten. — Es ist allerdings zuzugeben, daß diese fraudulösen Abmachungen von den Anfechtungsgesetzen nicht immer getroffen werden können (Linckelmann a. a. O. S. 230); doch kann dieser Mißstand nicht gegen das große Bedürfnis nach einem Ersatz für die Mobiliarhypothek aufwiegen.

[1]) ArchZivPrax. Bd. 64 S. 371.

Sachen, welche der Schuldner in seinem Gewahrsam behält, wonach also auch die Sicherungsübereignung in jenen Verbotsgesetzen enthalten ist. Dabei stützt er sich vor allem auf den deutschen pfandrechtlichen Gedanken der Publizität.

Zu dem gleichen Resultate gelangen auch Caspari,[1] Bähr,[2] Kohler,[3] Wilutzky,[4] Goltz[5] und für das schweizerische Recht Hirzel.[6]

Dagegen geht die überwiegende Meinung der Schriftsteller dahin, daß die Sicherungsübereignung nicht dem Gesetze unterstehe, welches die Pfandbestellung an beweglichen Sachen ordne. Dahin gehören vor allem die hauptsächlichsten Kommentatoren des Bürgerlichen Gesetzbuchs, so Dernburg,[7] Gierke,[8] Planck,[9] Endemann,[10] Cosack,[11] Crome,[12] Riedel,[13] ferner Jaeger,[14] Düringer-Hachenburg[15] und Kriegsmann.[16]

---

[1]) Sicherungsübereignung und Sicherungszession nach gemeinem Recht und BGB., Berlin 1903, S. 18 ff., 28.

[2]) Urteile des RG. S. 369 ff.

[3]) Jherings Jahrb. Bd. 16 S. 61 ff., 173; Kohler hat später den daselbst vertretenen Standpunkt verlassen und im Anschluß an Linckelmann (a. a. O.) die Frage der Gesetzesumgehung verneint, indem er die durch Zulassung der Sicherungsübereignung herbeigeführten Mißlichkeiten für zu gering hält gegenüber den überwiegenden Mißständen, welche das Verbot der Mobiliarhypothek zur Folge hat.

[4]) DJZ. Bd. 6 S. 20 ff. („Mimicry in der Jurisprudenz").

[5]) a. a. O. S. 32.

[6]) Const. poss. § 11.

[7]) B. R. Bd. 1 S. 503, Bd. 3 § 263 I.

[8]) Bd. 2 § 170 S. 996.

[9]) Bd. 3 S. 930 N. 4 § 1205 I.

[10]) Bd. 2 S. 543 f.

[11]) Bd. 1 1898 S. 205, Bd. 1 1903 S. 285 Anm. 25, Bd. 2 § 244 II, 3 b.

[12]) Bd. 1 S. 333, Bd. 3 S. 815.

[13]) § 78 II.

[14]) KO. § 48 Anm. 19

[15]) HGB. Vorbem. zu § 368 Note 12.

[16]) a. a. O. S. 77.

c) Beantwortung der Frage, ob in der Sicherungsübereignung eine Gesetzesumgehung zu erblicken ist.

Voraussetzung des agere in fraudem legis ist das Bestehen eines Verbotsgesetzes, denn nur verbietende, nicht aber gebietende Gesetze können umgangen werden.[1]) Daher hängt die Entscheidung der Frage, ob die Sicherungsübereignung eine Gesetzesumgehung bedeute, wieder davon ab, ob die Bestimmungen über das Faustpfand Verbotsnormen sind. Diese Frage aber ist zu verneinen.

Betrachten wir zunächst den Wortlaut der in Betracht kommenden Bestimmungen.[2])

Der Zweck dieser Bestimmung ist, die Mobiliarhypothek, sofern sie vorher bestand, abzuschaffen.[3]) „Beseitigt wird aber die Mobiliarhypothek nicht durch ausdrückliches Verbot, sondern durch Festlegung derartiger Voraussetzungen der pfandrechtlichen Sicherheit, bei welchen die Mobiliarhypothek nicht mehr bestehen kann . . . Die Mangelhaftigkeit des Tatbestandes und nicht ein gesetzliches Verbot ist der Grund der dinglichen Wirkungslosigkeit der Hypothek.“[4])

Daß die Gesetzgebung über das Faustpfandrecht nicht den allgemeinen Satz enthalte, daß die Erreichung jedes dinglichen Sicherungszweckes nur unter den Voraussetzungen möglich sei, welche für das Faustpfand bestehen, betont

[1]) Linckelmann a. a. O. Dabei ist natürlich Voraussetzung, daß das Geschäft, gegen welches sich das Verbot richtet, an sich gültig ist, da ein Gesetz ein Verbot gegen ein an sich schon unwirksames Geschäft nicht mehr zu richten braucht. Schon aus diesem Grunde bleiben daher hier Fälle, welche den Tatbestand der Simulation enthalten, außer Betracht.

[2]) § 1205 BGB., Art. 210 OR. (Art. 884 ZGB.).

[3]) Dieser Zweck kommt im OR. noch dadurch besonders zum Ausdruck, daß Art. 210 III die „Verpfändung“ als Mobiliarhypothek in beschränktem Umfange aufrechterhält. Ferner geht dieser Zweck auch aus der Entstehungsgeschichte des OR. hervor (s. unten S. 65).

[4]) Linckelmann a. a. O. S. 224.

Linckelmann mit Recht;[1]) denn aus den Worten des Gesetzes, weder des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch des Obligationenrechts, folgt dies durchaus nicht, und die Auslegung müßte sich auf unausgesprochene Gedanken des Gesetzgebers erstrecken.

Daß dieselben aus dem Gesamtinhalte der Gesetze zu gewinnen wären, ist aber ebenfalls abzulehnen. Dem stände noch speziell für das Bürgerliche Gesetzbuch dessen § 223 II entgegen. Für das Obligationenrecht könnte man sagen, daß der Gesetzgeber, da er in Art. 202 II (vgl. unten S. 68) doch nur Geschäfte der hier behandelten Art im Auge haben konnte, sie nicht der daselbst enthaltenen Unwirksamkeit unterstellte, mithin sie für gültig erachtete, sofern sie keine Benachteiligungsabsicht in sich schließen.

Ebensowenig ergibt sich der genannte Gedanke aus der Entstehungsgeschichte der besprochenen Gesetze.

Für das Bürgerliche Gesetzbuch würde die Entstehungsgeschichte höchstens auf die entgegengesetzte Ansicht des Gesetzgebers führen, wenn man die Äußerung der Motive[2]) in Betracht ziehen wollte, welche den gänzlichen Ausschluß des constitutum possessorium aus dem Gesetze gerade im Hinblick auf diejenigen ernstlichen Sicherungsgeschäfte ablehnten, „hinter welchen Pfandgeschäfte ohne körperliche Übergabe sich verstecken". Die Motive begründeten diese Ablehnung damit, daß eine diesbezügliche Ausnahmevorschrift für die ernsthaft gewollten Geschäfte den Verkehr erschweren würde, und daß ein Bedürfnis, auch gegen diese Geschäftsarten vorzugehen, nicht bestehe;[3]) ferner wäre zu beachten,

---

[1]) a. a. O. S. 223 ff.; ebenso Gierke Bd. 2 S. 996 Anm. 125; Wieland a. a. O. S. 383.

[2]) Bd. 3 S. 335.

[3]) Gegen den Vorhalt, der Mangel der Ernstlichkeit sei schwer nachzuweisen und dem daher entgegenzutreten, verweisen die Motive darauf, daß diese Schwierigkeit eben in allen Simulationsfällen bestehe (BG. Mot. Bd. 3 S. 335). Ferner wurde in der Kommission die

daß ein Antrag in der Reichstagskommission, das constitutum possessorium für die Eigentumsübertragung auszuschließen, „wenn die Umstände ergeben, daß durch die Veräußerung dem Erwerber Sicherheit wegen einer Forderung verschafft werden solle", abgelehnt wurde, weil ein Bedürfnis, vom Grundprinzipe der abstrakten Eigentumsübertragung eine positive Ausnahme zu schaffen, nicht vorliege.[1]) Dabei wurde direkt gegen die Annahme, daß in solchen Fällen Gesetzesumgehung vorliege, mit dem Reichsgericht Stellung genommen und darauf hingewiesen, daß diese Geschäfte „zur Befriedigung des Kreditbedürfnisses der kleinen Leute" dienen sollen in bezug auf Sachen, welche diese nicht aus der Hand geben können (Prot. Bd. 3 S. 197, 200).

Aus dem gleichen Grunde, welcher die Ablehnung des Antrages, das Konstitut auszuschließen, zur Folge hatte, hat der Gesetzgeber ferner auch auf ein Verbot gegen die bedingte Eigentumsübertragung verzichtet, trotzdem er sich darüber klar war, daß dieselbe ebenfalls zu Sicherungszwecken, „als Ersatz einer Verpfändung", gebraucht wird (Mot. Bd. 3 S. 337).

Zu dem gleichen Resultate gelangen wir bei der Entstehungsgeschichte des Obligationenrechts. Dasselbe hat die Mobiliarhypothek in beschränktem Umfange aufrechterhalten. Art. 210 lautet:

> „Es bleibt indessen der Kantonalgesetzgebung vorbehalten, die Verpfändung von Vieh durch bloße Eintragung in öffentliche Bücher zu gestatten".

Wenn auch die Mobiliarhypothek nicht ohne Kampf,

Möglichkeit der Umgehung eines Konstitutsverbotes durch Übergabe und sofortige Rückgabe angeführt (Prot. Bd. 3 S. 197, 200; Mot. Bd. 3 S. 335).

[1]) Der Antrag sei auch nicht gerechtfertigt, solange man nicht für die fiduziarische Abtretung einer Forderung eine entsprechende Bestimmung aufnehme (a. a. O. S. 200). Dagegen ist zu sagen, daß bei Mobilien ganz andere Gesichtspunkte maßgebend sind.

als „ein Postulat des öffentlichen Kredites“ abgeschafft und der genannte Vorbehalt erst in späterer Zeit des Entwurfs aufgenommen wurde, so widerspricht er in seinem Wortlaute doch nicht der angeführten Auffassung, daß Art. 210 nur das Pfandrecht betreffe, denn nachdem Abs. 1 die Voraussetzungen zum „Pfandrecht“ aufgestellt hat, kann sich die „Verpfändung“ des Abs. 3 doch nur auf dieses gleiche Institut beziehen.[1][2])

Daß sich Art. 210 nicht auf die Sicherungsübereignung beziehe, hat übrigens auch das Bundesgericht ausgesprochen.[3])

Kohler[4]) bemerkt zu der von dem Züricher Privat-

[1]) Hier würde also die oben S. 49 angeführte Argumentation von Wendt unmöglich sein, nach welcher der Ausdruck Verpfändung „jede Art der Verpfändung“ enthalten könne, nicht nur das bloße „Pfandrecht“.

[2]) Schneider u. Fick Art. 210 N. 2, 11. Daß dieser Artikel als Teil der verpönten Mobiliarhypothek gefürchtet wurde, zeigt die Tatsache, daß er durchaus nicht freundlich aufgenommen und nur wenig benützt wurde (Huber, System Bd. 2 S. 848). Haberstich (OR. Bd. 1 S. 307) rät den Kantonen dringend ab, von dem Vorbehalte Gebrauch zu machen, dessen „widerwärtige Konzession an den Partikularismus“ nur unharmonisch gegenüber der Anlage des Gesetzes sich darstelle, auch aus der, schon bei Aufnahme der Bestimmung geäußerten Befürchtung, der Vorbehalt würde zu vielen Betrugsklagen und Pfandunterschlagungen führen. Daß auch im Kanton Zürich, welcher in seiner „Pfandverschreibung“ (§§ 403—411 PG.) von dem Vorbehalte Gebrauch gemacht hat, nicht daran gedacht wurde, Art. 210 OR. treffe auch die übrigen Arten der dinglichen Sicherung an Mobilien im allgemeinen, zeigt der Umstand, daß hier eine Bestimmung aufgenommen wurde, welche sich gegen das „schlimmste . . . Kreditmittel, den Eigentumsvorbehalt“ richten sollte (§ 403); s. Schneider, Privatr. Gesetzbuch für den Kanton Zürich, zu § 403. Darüber, daß der Eigentumsvorbehalt an sich aber ein ebenso gefährliches Kreditmittel darstellt wie die Sicherungsübereignung, s. unten S. 69 f.

[3]) BG. 19 N. 57, bei Hafner Art. 210 N. 9.

[4]) ArchBürgR. S. 235. Eine Darstellung der durch die zürcherische Pfandverschreibung herbeigeführten Zustände, wie sie Kohler

gesetzbuch eingeführten freiwilligen Pfandverschreibung, daß es nach der Aufstellung derselben angemessen wäre, ein Verbotsgesetz gegen alle Geschäfte zu erlassen, die eine entgegenstehende Mobiliarsicherheit bezwecken. Aber ohne ein solches Verbotsgesetz fallen eben nur wirkliche Pfandgeschäfte unter Art. 210.

Die in Betracht fallenden Gesetze geben also überall nur die Voraussetzungen, nach denen das Faustpfand entstehen kann, d. h. sie sind Gebotsgesetze. Ein Verbot ist darin nirgends ausgesprochen.[1]) Es tritt „dasjenige, was der Gesetzgeber mißbilligt, normgesetzlich nicht hervor".[2])

Vom rechtspolitischen Standpunkte aus ist allerdings die Sicherungsübereignung durchaus nicht zu billigen. Die Vorwürfe, daß sie eine Unübersichtlichkeit der Rechtsverhältnisse mit sich bringe, daß sie insofern den allgemeinen Kredit schädige, als durch die unerkennbare Lage des schuldnerischen Vermögens der Konkursmasse des (veräußernden) Schuldners Sachen entzogen werden, sind gerecht, wenngleich sie bei der Beurteilung der Frage, ob die Sicherungsübereignung gültig sei, nicht in Betracht kommen können.[3])

Es ist aber immerhin diesen Bedenken gegenüber,

---

wünschte, ist u. W. noch nicht erschienen. Die Ansichten über den Wert der Verschreibung sind geteilt; s. Hoffmann in den Verhandlungen des Ständerates, AStenBull. 1906 S. 1352.

[1]) Endemann, B. R. Bd. 2 S. 543; Riedel Bd. 1 S. 509 Anm. *; Kriegsmann S. 77ff.

[2]) Linckelmann a. a. O. S. 227.

[3]) Dernburg (B. R. Bd. 3 S. 783): „Wenn auch Geschäfte dieser Art unerwünscht sind, so sind sie doch für das praktische Leben nicht zu entbehren. Das BGB. hat die Sicherungsübereignung nicht ausgeschlossen". — Die Mehrheit der Reichstagskommission (BGB. Prot. Bd. 3 S. 200) sagt allerdings. „die Gläubiger seien ganz im allgemeinen nicht berechtigt, sich darauf zu verlassen, daß alle im Besitz des Schuldners sich befindlichen Sachen diesem auch gehörten".

welche de lege ferenda sehr wohl in Betracht fallen mögen, auf zwei Punkte zu verweisen.

Einmal besteht die genannte Gefahr der Rechtsunsicherheit, der Gefährdung des Kredites, solange das constitutum possessorium überhaupt aufrechterhalten wird. Dieses Bedenken hat sich bei der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs gezeigt, vor allem ist es aber im Obligationenrecht zum Ausdruck gelangt. Art. 202 OR. lautet:

> Ausnahmsweise kann der Veräußerer auch an einer Sache, welche er in Händen behält, den Besitz auf den Erwerber übertragen, wenn dieselbe infolge eines besonderen Rechtsverhältnisses, wie z. B. eines Mietvertrages, noch in seinem Gewahrsam zurückbleiben soll;

und Abs. 2 sagt:

> Eine solche Besitzübertragung ist Dritten gegenüber unwirksam, falls eine Benachteiligung derselben beabsichtigt wurde. Der Richter entscheidet hierüber nach freiem Ermessen in Würdigung der Umstände.

Zunächst zeigt schon die geschichtliche Entwicklung des genannten Artikels ein allmähliches Einschränken des Konstituts.[1]) Sodann aber läßt die Fassung des Artikels deutlich die Abneigung des Gesetzes gegen dasselbe ersehen.[2]) Dies zeigt schon das Wort „ausnahmsweise".[3])

---

[1]) Hirzel gibt in § 6 eine eingehende Darstellung der Entwürfe und eine Übersicht über das frühere kantonale Recht.

[2]) „Das constitutum possessorium gehört heute unter die bestgehaßten Rechtsbildungen" (Hirzel, dessen oft zitierte Schrift in § 2 eine Darstellung der „Antipathie gegen das constitutum possessorium" enthält). — Die Zulassung des constitutum possessorium wird noch von vielen Juristen als ein Durchbruch des Traditionsprinzips bedauert, während andererseits das Verlassen des vom OR. zuerst eingehaltenen Vertragsprinzips beklagt wird (a. a. O. S. 75).

[3]) Hirzel verweist in dieser Beziehung auch noch auf andere „Verklausulierungen", so auf die Bestimmung, welche den Richter

Am deutlichsten aber spricht Abs. 3, nach welchem die bloße Absicht der Benachteiligung das Konstitut ungültig macht.[1]) Über das constitutum possessorium im Zivilgesetzbuch s. unten (Anhang).

Das Obligationenrecht ist also noch deutlicher als das Bürgerliche Gesetzbuch, indem es auf die fraudulösen Sicherungsgeschäfte, welche durch das constitutum possessorium ermöglicht werden, den Richter noch ausdrücklich aufmerksam macht.[2]) .

Zweitens liegen die in ökonomischer Hinsicht bestehenden Folgen, wegen deren die Sicherungsübereignung bekämpft wird, d. h. die Unklarheit in bezug auf das schuldnerische Vermögen, in gleichem Maße beim Eigentumsvorbehalt vor.[3]) Die deutsche und schweizerische Praxis haben die Gültigkeit desselben in Ermanglung entgegenstehender gesetzlicher Vorschriften ausgesprochen.[4]) Die

von etwaigen prozessualen Einschränkungen befreit (S. 79 f.). — Ferner spricht für das gesetzgeberische Mißtrauen dem constitutum possessorium gegenüber auch Art. 210, welcher in Abs. 2 noch ausdrücklich auf die Nichtanwendbarkeit desselben bei Bestellung des Faustpfandes hinweist.

[1]) Diese Bestimmung besteht eben selbständig neben der actio Pauliana (Art. 285 ff. SchKG.), macht also die Besitzübergabe auch in Fällen unwirksam, in welchen die Pauliana nicht zutrifft; vgl. BG. Bd. 13 S. 227 Erw. 4. Nach Stückelberg (Eigentumsvorbehalt in ZSchwR. Bd. 17 S. 329) sollte schon der Nachweis des Wissenkönnens zusammen mit der erfolgten Schädigung zur Benachteiligungsabsicht genügen, nicht erst, wie nach dem BG., „das schwer nachweisbare Bewußtsein". Vgl. über den noch schärferen Standpunkt einiger Kantonalgesetze in bezug auf die Benachteiligungsabsicht Haberstich, OR. Bd. 1 S. 301.

[2]) Mit der Bestimmung des Abs. 2 können eben nur die Sicherungsübereignungen gemeint sein; vgl. Hafner, OR. Art. 202 N. 6. Es ist auch oben (S. 60) betont worden, daß gerade diese Geschäftsart zu fraudulösen Veräußerungen mißbraucht wird.

[3]) Daß sich dessen der Gesetzgeber des BGB. bewußt war, ist oben (S. 65) gesagt worden.

[4]) Geßner, Das Abzahlungsgeschäft, Dissert. Zürich 1898;

dingliche Wirkung nun, welche die Suspensivbedingung hier erzeugt, führt zum Aussonderungsrechte des Verkäufers im Konkurse des Käufers, d. h. zur Realsicherung des kreditierenden Gläubigers — wenn auch durch seine eigene Sache[1]) —, ohne daß sich der Schuldner des Gewahrsams zu begeben braucht. Mithin ist ein Mittel gewährt, welches ebenso unter das bei der Sicherungsübereignung bekämpfte „wirtschaftlich mißbilligte Verhältnis" fallen würde wie die Sicherungsübereignung selbst.[2]) Damit hat auch die Praxis der Gerichte das Bedürfnis nach einem Ausweg zugegeben, welchen sich der Verkehr bei Ausschluß der Mobiliarhypothek suchen mußte.

Immerhin hat es nicht an Stimmen gefehlt, welche den Eigentumsvorbehalt aus den erörterten Gesichtspunkten auch de lege lata bekämpften.[3])

Stückelberg a. a. O. (vgl. oben Anm. 1) S. 348ff. Nach dem ZGB. bestehen nun allerdings positive Vorschriften über den Eigentumsvorbehalt (s. unten).

[1]) Auf diesen theoretischen Unterschied, den z. B. BG. Bd. 20 S. 541 Erw. 7 a. E. geltend macht, kommt es hier nicht an, sondern auf die de lege ferenda zu mißbilligende Verschleierung des schuldnerischen Vermögensstandes.

[2]) Dies hat das BG. offen ausgesprochen, indem es den Eigentumsvorbehalt gerade deshalb schützte, weil Pfandbestellung ohne Aufgabe des Gewahrsams durch den Schuldner nicht möglich ist; BG. a. a. O. (s. vorige Anm.); Bd. 19 S. 115 f.; ferner sagt ein Urteil des Bern. AppH. (Zeitschr. d. bern. JurV. Bd. 44 S. 198), daß es sich beim Eigentumsvorbehalt „um eine Art Mobiliarhypothek" handle, und in Hubers Erl. (Bd. 3 S. 315) heißt es, daß der Verkehr bei der Unmöglichkeit der Verpfändung „von Vieh und Werkzeugen" ohne Aufgabe des Gewahrsams sich mit dem Eigentumsvorbehalt geholfen und daß die Praxis dieses Vorgehen auch im Konkursfalle geschützt habe, „selbst wenn darin eine Umgehung des Verbots der Mobiliarhypothek lag". Vgl. Endemann, B.R. Bd. 1 S. 924, 972.

[3]) So führt z. B. Stückelberg (a. a. O. S. 322ff.) aus, daß derselbe dem Grundsatze der Publizität, welchen das OR. enthalte, widerstreite und deshalb unwirksam sei, zusammen mit der Tatsache,

Nach dem Gesagten ist also die Erwägung de lege ferenda sehr wohl gerechtfertigt, der Sicherungsübereignung als einem den gutgläubigen Verkehr schädigenden Kreditmittel entgegenzutreten. Aber zugleich müßte in Betracht gezogen werden, daß die gleichen Nachteile auch beim Eigentumsvorbehalte vorliegen, und daß allgemein das constitutum possessorium in der genannten Hinsicht Gefahren mit sich bringt. Der Gesetzgeber müßte daher durch gleichmäßige Ordnung dieser Institute einen den gutgläubigen Verkehr sichernden Ausweg finden, ohne daß dadurch die anerkannten Bedürfnisse nach Mobiliarsicherung ohne Aufgabe des Gewahrsams durch den Schuldner verletzt würden.

d) Die Praxis.

Das Reichsgericht hat sich, auch für das Bürgerliche Gesetzbuch, in ständiger Rechtsprechung gegen die Annahme der Gesetzesumgehung gewandt und ausgesprochen, daß die Sicherungsübereignung gültig sei, wobei es ebenfalls die Ansicht vertrat, daß aus § 1205 BGB., weder aus dessen Wortlaute noch aus dessen Entstehungsgeschichte der Wille des Gesetzgebers sich ergebe, die Sicherung einer Forderung durch bewegliche Sachen nur im Wege der Verpfändung zu gestatten.[1])

daß er durch die zwingenden Vorschriften über den Kauf (besonders betr. die Pflicht des Verkäufers zur Eigentumsübertragung) unmöglich gemacht sei (S. 347 f., 365 f.); vgl. ferner Geßner a. a. O. (oben S. 69 Anm. 4) S. 100 ff., 112.

[1]) RG. Bd. 59 S. 147 f. (und zit.); Bd. 57 S. 177; DJZ. Bd. 7 S. 485 N. 59 (v. 17. 6. 1908); vgl. Seufferts Arch. Bd. 58 S. 70 ff., welches Urteil, ebenfalls auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes hinweisend, auch auf die Anerkennung der bedingten Eigentumsübertragung überhaupt aufmerksam macht. Ferner ist hier gesagt, daß der Gesetzgeber in Anbetracht der Tatsache, daß die Praxis vor ihm die Sicherungsübereignung anerkannte, alle Veranlassung gehabt

In der schweizerischen Praxis dagegen kann von einer Einheitlichkeit in dieser Frage nicht gesprochen werden. Dieselbe hat nämlich fast durchweg die Sicherungsübereignung vom Standpunkte der Simulation aus beurteilt und den genannten Geschäften aus diesem Grunde meistens die Wirkung versagt.[1]) Doch hat sich das Bundesgericht in seinem Urteil v. 6. 5. 1893 ebenfalls gegen die Annahme der Gesetzesumgehung ausgesprochen,[2]) da sich aus dem Wortlaute des Art. 210 OR. die Notwendigkeit der Ausdehnung desselben auf die genannten Sicherungsgeschäfte nicht ergebe. Wenn auch die wirtschaftliche Wirkung dieser Geschäfte die gleiche sei wie diejenige der Verpfändung, so sei doch die Rechtsform eine verschiedene.

---

hätte, dieselbe ausdrücklich als nichtig zu erklären, wie dies z. B. einzelne Partikularrechte getan haben. Vgl. Gierke Bd. 2 § 133 Anm. 125.

[1]) Dies konstatiert ebenfalls Hirzel a. a. O. S. 128.

[2]) BG. Bd. 19 S. 348 f. Erw. 5. Das bei Hafner Art. 229 N. 4 zitierte Urteil des BG. (Bd. 20 N. 161 Erw. 4) über einen Fall des Sicherungskaufes läßt aber die Frage der Gesetzesumgehung offen und behandelt den Fall wieder nur aus dem Gesichtspunkte der Simulation. — Zu dem entgegengesetzten Resultate sind allerdings zwei frühere kantonale Urteile gelangt. So hat das Zivilgericht Basel (11. 7. 1884; Revue Bd. 3 N. 85) der Sicherungsübereignung den Schutz versagt, weil diese den gesetzgeberischen Willen, der „aus Gründen wirtschaftlicher Natur" die Mobiliarhypothek für unzulässig erklärte, illusorisch mache, ebenso das OG. des Kantons Zug (Revue Bd. 5 Nr. 71). Dagegen hat das Thurgauer OG. (Revue Bd. 7 Nr. 16) den Standpunkt des BG. eingenommen, wobei es darin aber selber einen „logischen Widerspruch" gegen die Bestimmungen über das Faustpfand, ähnlich wie beim Eigentumsvorbehalt, gefunden hat. Das Urteil des BG. findet die Mißbilligung Hirzels, da diese Auffassung „dem Geiste des OR., seinen wirtschaftlichen Prinzipien widerspricht" (S. 130); ferner führe der vom BG. ausgesprochene Grundsatz, wenn er konsequent durchgeführt werde, zur Annullierung des Art. 210. Daß diese Gefahr nicht besteht, zeigt uns aber wohl genügend die deutsche Praxis, wobei außerdem dort das constitutum possessorium nicht diese einschränkende Behandlung gefunden hat wie im OR.

Das Urteil verweist auf auch Art. 202, welcher das constitutum possessorium ohne Rücksicht auf seinen Zweck — nur die Benachteiligung Dritter ausgenommen — zulasse.

Damit hat das Bundesgericht, wenn auch eine ständige Rechtsprechung über die Frage nicht vorliegt, diesem Auswege, den sich das praktische Leben gegen die Härte des Verbots der Mobiliarhypothek gesucht, ebenfalls zugestimmt, ohne daß ihm gegenüber der Vorwurf eines „logischen Widerspruches“ [1]) gegen die Bestimmungen über das Faustpfand gerechtfertigt wäre. Das Bundesgericht wäre auch inkonsequent in Anbetracht der Tatsache, daß es den Eigentumsvorbehalt billigt, welcher in wirtschaftlicher Beziehung dieselben Gefahren wie die Sicherungsübereignung mit sich bringt.

B. Reine Sicherungsübereignung und Sicherungskauf.

Es tritt in der deutschen und namentlich in der schweizerischen Praxis die Tatsache hervor, daß der Kauf zum Zwecke der Sicherung, d. h. der konkrete Veräußerungsvertrag, viel häufiger ist als die reine Sicherungsübereignung, d. h. die abstrakte Eigentumsübertragung zum Zwecke der Sicherung.[2])

Bei ersterer ist das besondere Rechtsverhältnis, infolge dessen der veräußernde Schuldner den mittelbaren Besitz überträgt, stets Miete; „das in Wahrheit beabsichtigte Darlehen empfängt der Veräußerer als Kaufpreiszahlung. Er zahlt die Mietzinse an Stelle der Darlehenszinse (gewöhnlich in der Rückkaufsumme) und erhält das Recht,

[1]) vgl. vorige Anmerkung.

[2]) Voigt (DJZ. 1907 S. 710) hält dies bezüglich der deutschen Praxis für eine Nachwirkung des preußischen Rechts, welches einen abstrakten dinglichen Vertrag nicht gekannt habe. Hellwig (a. a. O. S. 384) sagt, daß die reine Sicherungsübereignung nur in Fällen vorkomme, in welchen den Parteien ein Rechtsverständiger zur Seite stehe.

gegen Rückzahlung des empfangenen Kapitals das Eigentum an den Sachen zurückzuerwerben".[1]) Allerdings werden solche Käufe auch zur Sicherung einer bereits bestehenden Schuld vorgenommen.

Bei der zweiten Art der Sicherungsübereignung ist der Vertrag gültig, ohne daß es einer Vertragsursache bedarf, da zum Eigentumsübergang außer der (durch constitutum possessorium vollzogenen) Übergabe nur Einigung verlangt wird.[2])

Die genannte Tatsache aber, daß die letztere Art seltener vorkommt, ist sehr bedauerlich, denn während das Gesetz mit dem abstrakten dinglichen Vertrag die reine Sicherungsübereignung gestattet, ist der sogen. Sicherungskauf meistens den Parteien unverständlich und daher von ihnen nicht immer ernstlich gewollt. Dazu kommt auch, daß gerade der Sicherungskauf zu unlauteren Schiebungen, zum Scheine benutzt wird. Außerdem wird ja die Praxis stets aufgefordert, in diesen Fällen die Ernstlichkeit des Willens besonders streng zu prüfen.[3])

Immerhin wurde schon konstatiert, daß „unter dem Eindruck der höchstrichterlichen Rechtsprechung, welche den Sicherungskauf als fiduziarisches Geschäft dem Geltungsbereich der §§ 1205 f. entzog", die Kaufform als überflüssig und unzweckmäßig erkannt wurde, und daß infolge der Abstraktheit der Eigentumsübertragung in der reinen Sicherungsübereignung „das begehrte akzessorische, dem Pfandrecht ebenbürtige Institut" gewonnen wurde.[4])

---

[1]) Endemann, B.R. Bd. 2 S. 543.

[2]) Düringer-Hachenburg S. 549bb; vgl. z. B. RG. Bd. 59 S. 147 f., Bd. 57 S. 178.

[3]) RG. Bd. 43 S. 394; Seufferts Arch. Bd. 58 S. 237; Kriegsmann a. a. O. S. 76; BGB. Mot. Bd. 3 S. 98.

[4]) Rabel, Nachgeformte Rechtsgeschäfte (Zeitschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanist. Abteilung Bd. 28 S. 371 f.). Hier wird der deutsche Sicherungskauf ein Beispiel dafür genannt, daß die

Die schweizerische Praxis weist u.W. durchweg nur Fälle des Sicherungskaufes auf, was zu der Vermutung Anlaß gibt, daß die reine Sicherungsübereignung so gut wie unbekannt ist. Dies ist hier um so bedauerlicher, als, wie oben S. 72 gezeigt wurde, gerade die schweizerische Praxis die Sicherungskäufe aus dem Gesichtspunkte der Simulation fast gänzlich unmöglich macht. Einen Grund zu der reservierten Haltung der schweizerischen Rechtsprechung gegenüber der Sicherungsübereignung findet Wieland[1]) in einer ungenügenden Klarheit über die praktischen Folgen der fiduziarischen Rechtsübertragung im allgemeinen. Der schweizerischen Praxis gegenüber ist nach dem oben Ausgeführten dieser Vorhalt allerdings gerechtfertigt.

So halten denn von den zahlreichen Fällen des Sicherungskaufes nur eine geringe Zahl der Prüfung stand, welche sie in bezug auf Simulation zu bestehen haben. Es sind dabei aber folgende Punkte besonders in Betracht zu ziehen.

Das Erfordernis der Festsetzung eines Kaufpreises (§ 433 II BGB., Art. 229 OR.) wird allerdings häufig über-

---

Rechtsbildung den Umweg über das imaginäre Geschäft eingeschlagen hat. Dabei bezeichnet aber Rabel den gegenwärtigen Zustand als rechtspolitisch bedenklich, indem er eine Bresche in das System der Publizität geschlagen habe. S. ebenda über den Sicherungskauf in anderen Staaten S. 351 ff.

[1]) a. a. O. S. 383 f. Wieland führt einen Entscheid des Zürch. OG. an, welcher auf die Ansicht schließen läßt, „daß . . . fiduziarisches Eigentum zu Pfandzwecken einerseits und Pfandrecht andererseits auch hinsichtlich ihrer praktischen Folgen ebenso verschieden seien wie Eigentum und Pfand". Dazu heißt es: „Von dieser Auffassung aus ist naturgemäß auch Eigentumsübertragung fiduziarischer Art ausgeschlossen, wo der Parteiwille nur auf ein Deckungsgeschäft gerichtet ist", während das fiduziarische Eigentum zu Pfandzwecken dem Schuldner gegenüber doch nur Pfandrecht ist.

sehen, und es liegt dann kein gültiger Kauf vor.[1]) Hellwig[2]) sieht überhaupt in der Bezeichnung „Sicherungskauf“ eine contradictio in adiecto, da infolge Kompensation der Kaufpreisforderung mit der Forderung des Gläubigers keine zu sichernde Schuld bestehe. Dagegen betont das Oberlandesgericht Hamburg,[3]) daß auch ein Kauf unter Aufrechnung des Kaufpreises mit der Forderung des Käufers und unter Vereinbarung eines Rückkaufrechtes ein dem Sicherungszwecke geeignetes Geschäft ist, „indem hier der Gläubiger Sicherheit in dem durch den Kauf erworbenen Eigentum findet, welches dem Zugriff anderer Gläubiger entzogen ist“.

Es wird allerdings oft schwer zu prüfen sein, ob die Parteien sich der Folge wirklich bewußt waren, daß mit Perfektion des Kaufes die beiderseitigen Forderungen durch Kompensation untergehen, sowohl für den Fall, wo der Kauf zur Sicherung einer bestehenden Forderung vorgenommen wird, als auch für den Fall, wo im Kaufpreise dem Verkäufer ein Darlehen verschafft werden soll.[4]) Die Rückkaufsbedingung zeigt aber dann, daß das wirkliche interne Verhältnis mit der Ausübung des Rückkaufrechts wieder auflebt.

Nun ist allerdings in Betracht zu ziehen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die so häufigen Käufe mit Wiederkaufsrecht bezw. -pflicht durch ausdrückliche Bestimmungen (§§ 497 ff.) dahin normiert, daß (neben anderen beschränken-

[1]) Crome, B. R. S. 815 Anm. 14. Dagegen ist nach Becker (Sicherung des Gläubigers durch const. poss., Diss. Erlangen 1899, S. 25) in der Regel Innominatkontrakt (do ut facias) anzunehmen.

[2]) a. a. O. S. 384.

[3]) Seufferts Arch. Bd. 41 S. 135 f.; vgl. Lilienthal, DJZ. 1902, S. 544, 546.

[4]) „Die Rechtsfolge ist reine Sachhaftung.“ Rabel (a. a. O.; s. oben S. 74 Anm. 4) S. 371, welcher sagt, daß die „meist recht unglücklichen Bestrebungen . . ., trotz der Kaufkonstruktion die Forderung fortleben zu lassen“, sich häufig dem Verdachte des dissimulierten Pfandvertrages aussetzen.

den Bestimmungen) der Rückkaufsberedung jede dingliche Wirkung versagt ist; und zwar sollen damit gerade die Fälle getroffen sein, in welchen der Verkäufer Darlehenszwecke verfolgt, wobei in dem Kaufsobjekt eigentlich ein für den gewährten Kredit bestelltes Pfandrecht erblickt wird.[1]) Somit besteht im Konkurse des Käufers (Wiederverkäufers) kein Aussonderungsrecht des Wiederkaufsberechtigten.[2]) Es besteht nur eine Haftung für Schadensersatz nach allgemeinen Grundsätzen.[3]) Immerhin ist auch in solchen Fällen Simulation möglich und daher der Kaufswille auf seine Ernstlichkeit zu prüfen.[4])

Das Obligationenrecht hat keine Bestimmungen über das Rückkaufsrecht. Das Bundesgericht hat dagegen der Rückkaufsberedung nur obligatorische Wirkung zugesprochen.[5])

Dagegen ist dem Kaufe zum Zwecke der Sicherung seine Gültigkeit nicht deshalb abzusprechen und Simulation anzunehmen, weil der Zweck des Vertrags nicht der dauernde Eigentumserwerb, sondern die Sicherstellung des Gläubigers ist.[6]) Das angeführte Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg[7]) hebt hervor, daß die mit dem Kaufe verfolgten Zwecke für das Wesen desselben gleichgültig

---

[1]) BG. Mot. Bd. 2 S. 339; Planck Bd. 2 § 496 N. 2; Crome Bd. 2 S. 489.

[2]) Dernburg, B. R. Bd. 2 S. 220.

[3]) Von einer positiven Bestimmung, welche dem Geschäfte auch diese Wirkung abgesprochen hätte, wurde abgesehen in Hinsicht auf die Fälle, wo jemand „aus Not und Bedrängnis ein Vermögensstück unter Vorbehalt des Wiederkaufs veräußert hat“ (BGB. Mot. a. a. O.).

[4]) Darauf haben auch die Motive (Bd. 2 S. 340) aufmerksam gemacht.

[5]) Hafner, OR. Art. 229 N. 7; BG. Bd. 20 S. 1084ff.; vgl. BlHE. Bd. 14 S. 24ff.

[6]) Hellwig a. a. O. S. 389 nennt dies „Simulation bezüglich der causa“; BG. Bd. 19 S. 347 Erw. 4.

[7]) S. 136 (oben S. 76).

sind. Wenn nun die Tatsache, daß die Sachen nicht „zu vollem Recht und Genuß“ überlassen werden sollen, schon zur Simulation führen würde,[1]) so wäre ja damit jede Möglichkeit des Sicherungskaufes ausgeschlossen.

Ebensowenig ist ein Ungültigkeitsgrund darin zu finden, daß der Schuldner Gegenstände verkauft, deren er zur Ausübung seines Berufes oder Gewerbes bedarf.[2]) Wohl kann ein Kauf über die unentbehrlichsten Gegenstände, welche auch der Zwangsvollstreckung entzogen sind, kaum ernstlich gemeint sein;[3]) dagegen ist es sehr wohl möglich, daß Berufsgegenstände, resp. solche Sachen, für die der Käufer keine Verwendung hat,[4]) verkauft werden sollen; denn es handelt sich ja um Fälle, in welchen der Verkäufer diese Gegenstände sonst verpfänden würde, also in Zeiten, in welchen er mit diesen letzten Mitteln Kredit sucht.[5])

Ebenso ist u. E. eine Differenz zwischen Kaufpreis und Wert der verkauften Sache nicht ohne weiteres für die Annahme der Simulation ausschlaggebend.[6]) Wie in allen Fällen des Kaufes, so ist auch hier ohne Bedeutung, „ob der Preis in richtigem Verhältnis zum Werte des Kaufgegenstandes stehe“,[7]) und in Anbetracht der bedrängten

[1]) Dies nahm BG. 31 II, 439 an; vgl. BG. 30 II, 557; Zeitschr. d. bern. JurV. Bd. 42 S. 616. Kriegsmann (a. a. O. Anm. 45) sagt, daß gerade beim Sicherungszweck der Übereignungswille so ernst wie möglich sei.

[2]) So auch BG. 24 II, 582 Erw. 5; anders dagegen BG. 30 II, 557.

[3]) BG. 21 II, 217 ff. (Konsumptibilien); Zeitschr. d. bern. JurV. 1906 S. 616; vgl. oben S. 59 Anm. 4.

[4]) BG. 24 II, 582; 31 II, 439.

[5]) Kriegsmann S. 77 Anm. 145; BGB. Prot. Bd. 2 S. 201; BlHE. Bd. 7 S. 344, Bd. 14 S. 26. Gerade für diese Fälle sollte auch die Fahrnisverschreibung des Entw. z. ZGB. eingeführt werden (Erl. Bd. 3 S. 314; Botschaft 1904 S. 69; vgl. unten S. 81).

[6]) Anders BG. 30 II S. 558; 26 II S. 147.

[7]) Hafner, OR. Art. 260 N. 1; BlHE. Bd. 14 S. 26: die Differenz schließe die Ernstlichkeit nicht aus, weil der Verkäufer das Recht hatte, den ganzen Vertrag wieder rückgängig zu machen.

ökonomischen Lage wird der Wille des Verkäufers, die Gefahr eines Verlustes zu tragen, stets vorliegen.

Es ist allerdings zuzugeben, daß in vielen Fällen die Parteien den Inhalt des übertragenen Rechts derart beschneiden, daß dieses nicht dem Begriff des Eigentums, sondern dem des Pfandrechts subsumiert werden muß, wobei dann die Parteien in Wahrheit Pfandbestellung wollten und nur irrtümlich den falschen Namen der Eigentumsübertragung gebrauchten.[1]) Dazu genügen aber die angeführten einzelnen Punkte allein nicht.

Nun ist aber immer noch zu unterscheiden einerseits, ob der Kauf zum Zwecke der Sicherung ernstlich gewollt oder simuliert ist, und andererseits, ob trotz simulierter causa dennoch Eigentumsübergang gewollt ist. Aus der Simulierung des obligatorischen Vertrags folgt eben noch nicht die Simulierung des dinglichen, denn infolge der abstrakten Natur der Eigentumsübertragung kann trotz Simulation des Kaufvertrags Eigentumsübergang stattfinden, da der Wille, Eigentum zu übertragen und zu empfangen, wesentlich ist. Wenn auch unter Umständen aus der Simulation der causa traditionis auf Simulierung des Traditionswillen gefolgert werden kann, so fällt doch beides nicht notwendig zusammen.[2])

---

[1]) Kriegsmann a. a. O. S. 76.

[2]) Seufferts Arch. Bd. 41 S. 133, 135 und die Vorinstanz bei Seufferts Arch. Bd. 36 N. 99 S. 142; Rehbein, BGB. Bd. 1 S. 128; Crome, B. R. Bd. 3 S. 115 Anm. 53; Kriegsmann a. a. O. S. 76. Nach Hellwig a. a. O. S. 389 ist der genannte Schluß notwendig, wenn die Frage der Gesetzesumgehung verneint wird, „denn dem pfändenden Gläubiger des Verkäufers gegenüber kommt es lediglich auf die dingliche Natur des Geschäftes an, darauf, ob Eigentum hat übertragen und genommen werden sollen"; Düringer-Hachenburg (a. a. O. S. 549bb) sagt überhaupt, daß ein Vertrag, der sich als Kauf bezeichne, auch aufrechtzuerhalten sei, wenn er weder einen Kaufpreis noch dessen Begleichung normiere. „Es ist die offene Erklärung der Eigentumsübertragung um so unbedenklicher als gültig

Anhang.

Das Zivilgesetzbuch und die Mobiliarhypothek.

Es sei an der Sicherungsübereignung nicht vorübergegangen, ohne auf die interessante Entstehung der Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs verwiesen zu haben, mit welchen sich dasselbe zu den hier erörterten Fragen geäußert hat.

Der Vorentwurf des Eidgenössischen Justizdepartements vom 15. 11. 1900, welcher in seinem vierten Teil das gesamte Sachenrecht ordnet, hat die Bestimmung des Art. 210 II OR. aufgehoben und dafür, nachdem er durch Art. 865 III die Übergabe durch constitutum possessorium bei Faustpfand ausgeschlossen hatte, in seiner „Fahrnisverschreibung" (Art. 884—889) „in Berücksichtigung des gemeinen Rechts" die Mobiliarhypothek wieder eingeführt, indem er „den übermächtigen Bedürfnissen des praktischen Lebens" nachgab.[1]) Immerhin hat dieser Entwurf dabei verschiedene einschränkende Vorschriften aufgestellt, von welchen die hauptsächlichsten das Erfordernis der Eintragung durch gewisse Publizitätsorgane und die Beschränkung auf gewisse Kategorien von Mobilien sind.[2]) Damit wollte der Entwurf die hauptsächlichsten Gefahren der

---

zuzulassen, als ja der sonst übliche Kauf nicht als solcher gewollt ist und die Kauffolgen nicht eintreten sollen."

[1]) Huber, Erl. Bd. 3 S. 14, 20.

[2]) Es sollten nur „Betriebseinrichtungen, Vorräte und Warenlager" auf diese Art verpfändet werden können, wenn sie ihrem Eigentümer zur Ausübung seines Berufes oder Gewerbes dienen (Art. 884). Der Entwurf v. 28. 5. 1904 hat in Art. 890 II noch neue beschränkende Vorschriften hinzugefügt und als Gegenstände „Vieh, Vorräte und Warenlager" genannt. — Einen Vorschlag, der Kreditgefährdung durch Einführung der Mobiliarhypothek wenigstens für Möbel und Warenlager zu begegnen, hatte für das BGB. Wolf, DJZ. 1906 S. 1315, gemacht.

Mobiliarhypothek „ganz bedeutend reduzieren“ und den Mißbrauch derselben möglichst erschweren, auf der andern Seite aber die im Verbote der Mobiliarhypothek liegende „willkürliche Beschränkung der ökonomischen Verwertbarkeit gewisser Vermögensteile“ beseitigen.[1]) Der Entwurf verweist auf die Vorteile der Publizität, namentlich dem Eigentumsvorbehalt gegenüber, welch letzteren er allerdings nicht ausschließen will.[2]) Derselbe wurde dagegen durch den Entwurf v. 28. 5. 1904 „im Interesse des gutgläubigen Verkehrs“ ausgeschlossen, wobei er gerade auch für den Fall beseitigt sein sollte, der uns wegen seiner der Sicherungsübereignung analogen praktischen Wirkungen besonders interessiert, nämlich für den Fall, wo es sich nicht um Täuschung Dritter handelt, sondern wo „nur die Konkurrenz des unbezahlten Lieferanten mit den übrigen Gläubigern des Erwerbers“ vorliegt. Dem tatsächlich vorhandenen Bedürfnis gegenüber, welchem der Eigentumsvorbehalt hat dienen sollen, fand man nun die Fahrnisverschreibung für genügend, und obgleich der Eigentumsvorbehalt als einer viel mannigfaltigeren Anpassung fähig bezeichnet wurde, hielt man demselben gegenüber doch die Publizität, welche die Fahrnisverschreibung für den gutgläubigen Verkehr weniger gefährlich machen würde, für ausschlaggebend.[3]) Dabei wurde auch gefunden, daß die Schwer-

[1]) Erl. Bd. 3 S. 313 ff.

[2]) Erl. Bd. 3 S. 113, und zwar ohne jede Beschränkung.

[3]) Art. 702 lautete allerdings nur: „Der Empfänger wird Eigentümer der übertragenen Sache, auch wenn der Veräußerer sich das Eigentum bis zur Entrichtung einer Gegenleistung vorbehalten hat“. Also sollte der Eigentumsübergang nicht an die Bezahlung des Kaufpreises geknüpft werden dürfen (Botschaft v. 28. 5. 1904 S. 70). Zu diesem Artikel sagte die Züricher Handelskammer (s. unten S. 82 Anm. 3), daß das Gesetz wohl der bedingten Eigentumsübertragung jede rechtliche Wirkung versagen könne, daß es aber nicht angehe, auf Grund der erfolgten Willenserklärung das Eigentum übergehen zu lassen, während es nach der Willensmeinung der Kontrahenten noch gar nicht übergehen sollte.

fälligkeit des Publizitätsmittels zu dem verfolgten Zwecke nicht außer Verhältnis stehe. So wurde die Fahrnisverschreibung eingeführt für „Gegenstände, bei denen die Sicherung der Lieferanten ein dringenderes Bedürfnis ist und in der Regel größere Werte in Frage stehen, während doch eine Faustpfandbestellung unmöglich erscheint".[1]) In der Beratung dieses Entwurfs durch den Nationalrat hat dieser nach langer Diskussion ebenfalls den Ausschluß des Eigentumsvorbehaltes beschlossen.[2])

Hiergegen wandte sich aus Handels- und Industriekreisen vor allem die Zürcher Handelskammer, welche vorschlug, die genannte Bestimmung über den Eigentumsvorbehalt zu streichen, d. h. denselben zuzulassen, nachdem durch Aufnahme von Bestimmungen zum Schutze des Erwerbers in das revidierte Obligationenrecht (Entwurf v. 3. 3. 1905) die gegen den Eigentumsvorbehalt geäußerten Bedenken entkräftet seien.[3])

Schließlich wurde der Eigentumsvorbehalt an Mobilien wieder aufgenommen und, im Gegensatze zu der früheren Gesetzgebung, im Gesetze selber aufgestellt. Seine Wirksamkeit wurde jedoch an die Eintragung in öffentliche Register geknüpft (Art. 715 I ZGB.); dagegen wurde er für den Viehhandel ausgeschlossen (Art. 715 II) und für den letzteren in bestimmten Grenzen die Mobiliarhypothek wieder aufgestellt (Art. 885 ZGB.).[4]) Diese Bestimmung

[1]) Botschaft (28. 5. 1904) S. 68ff.

[2]) Von dessen Beschlüssen sagte später Rossel, der französische Berichterstatter im Nationalrat 1907: „Ils jetaient une réelle perturbation dans le commerce et rompaient avec des habitudes et des intérêts légitimes (AStenBull. 1907 S. 320).

[3]) Erklärung der Zürcher Handelskammer in der „Neuen Zürcher Zeitung" v. 19. 5. 1906 N. 168. Dieselbe wandte sich auch gegen die Wiederaufnahme der Fahrnisverschreibung (AStenBull. 1906 S. 1351).

[4]) In Art. 716 wurden noch Schutzbestimmungen betr. das Abzahlungsgeschäft aufgenommen. Für Immobilien wurde ein Bedürfnis nicht angenommen, da hier gewöhnlich ein Pfandrecht für den Kauf-

ist nun der einzige Rest, welcher von der Fahrnisverschreibung übriggeblieben ist.

Die Mobiliarhypothek wurde, mit der genannten Ausnahme, gestrichen, weil man es für „gesetzlich anfechtbar" hielt, „wenn in der Schaffung der Verschuldungsmöglichkeit allzuweit gegangen" werde, wie dies durch die Zulassung der Fahrnisverschreibung „zu allgemeinen Sicherheitszwecken" geschehe, während der Eigentumsvorbehalt eine Sicherung „nur für die Kaufpreisforderung" biete. „Vor allem aber solle man sich hüten, ohne zwingende Gründe einen gesetzgeberischen Boden (d. h. die Abschaffung der Mobiliarhypothek), den man erst vor 25 Jahren nach reiflicher Erwägung sehr bewußt betreten habe, wieder zu verlassen."[1]) U. E. ist es zwar der genannte Zeitraum, welcher ein Bedürfnis nach einer Änderung hervorgebracht hat.

Nachdem nun der Eigentumsvorbehalt — innerhalb der genannten Grenzen — ebenso wie die Viehverschreibung aufrechterhalten wurde, wäre der Zustand bezüglich des Mobiliarpfandrechtes im wesentlichen der gleiche wie früher, wenn nicht Art. 717 ZGB. hinzugekommen wäre. Derselbe lautet:

> „Bleibt die Sache infolge eines besonderen Rechtsverhältnisses beim Veräußerer, so ist der Eigentumsübergang Dritten gegenüber unwirksam, wenn damit

preis statuiert werde (Huber, deutscher Berichterstatter im Nationalrat, AStenBull. 1907 S. 363). — Diese Lösung stammt aus dem Ständerat. Rossel, der französische Berichterstatter im Nationalrat, nannte sie „la formule idéale du délicat problème, une solution géniale" (AStenBull. S. 320). Damit sollen nun „die Vorteile des Eigentumsvorbehalts mit den Interessen des Verkehrs ausgesöhnt" und eine Verbesserung des heutigen Rechtszustandes herbeigeführt sein, ohne die „tiefe Verletzung berechtigter Interessen, welche in dem allgemeinen Verbot desselben hätten gefunden werden können" (Huber, AStenBull. S. 318).

[1]) AStenBull. 1906 S. 1351 f.

ihre Benachteiligung oder eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt worden ist.

Der Richter entscheidet hierüber nach seinem Ermessen".

Es erhebt sich damit die Frage, ob in dieser Bestimmung nicht das Gesetz eine authentische Interpretation der Vorschriften über das Faustpfand gegeben hat, d. h. ob nicht das Gesetz ausdrücklich damit diejenigen Sicherungsgeschäfte an Mobilien, die wir hier als wirksam bezeichnen, durch diese Vorschrift als in fraudem legis abgeschlossene Geschäfte erklärt. Zu diesem Schlusse muß aber die Erwägung führen, daß das Gesetz mit dieser Bestimmung nur jene Geschäftsarten im Auge haben konnte, denn sonst wäre diese neue Bestimmung überhaupt illusorisch. Dies ergibt sich ferner auch aus der Fassung „oder eine Umgehung", indem durch Erweiterung der oben S. 68 angeführten Einschränkungen des constitutum possessorium, welche schon Art. 202 OR. aufstellt, auch Sicherungsgeschäfte eingeschlossen werden, welche an sich nicht wegen Benachteiligung unwirksam sind.[1])

Die Motive lassen uns allerdings hierüber im Unklaren. Huber sagt nur, daß, wenn sich aus dem constitutum possessorium „leicht Täuschungen ergeben", zur Beruhigung ein Vorbehalt angefügt sei, „der schon jetzt mit Art. 202 OR. in demselben Wortlaute vorgesehen ist", ohne daß er sich über die Abänderung ausspricht.[2]) Dagegen sagt Hoffmann, der Berichterstatter der ständerätlichen Kommission für das Zivilgesetzbuch, ausdrücklich, daß sich die genannte Bestimmung gegen die Sicherungsübereignung richte. Mit dieser neuen Ausnahme, sagt er, sei praktisch

[1]) Daß schon Art. 202 II OR. bezüglich der Benachteiligungsabsicht sich auf die Sicherungsübereignung bezieht, ist oben S. 69 Anm. 2 gesagt worden.

[2]) Erl. Bd. 3 S. 112.

nichts Neues gesagt; die Praxis habe sich bisher durch Formulierung eines simulierten Geschäftes „geholfen“ oder „ganz allgemein mit dem in fraudem legis agere“.[1])

Nun ist aber zu berücksichtigen, daß der Vorentwurf eben die Mobiliarhypothek aufgestellt hatte, und ferner, daß sich bis dahin, wie Huber sagt, der Verkehr meist mit dem Eigentumsvorbehalt geholfen hatte,[2]) so daß diesem gegenüber die Fälle der Sicherungsübereignung weniger in Betracht kamen und daher leichter abgeschafft werden konnten; außerdem hatte ja, wie auch Wieland sagt,[3]) in der Praxis nie genügende Klarheit über das fiduziarische Rechtsgeschäft geherrscht. Danach wird die Absicht des 1. Entw. wohl die gewesen sein, die ungeklärten und ihm gefährlicher erscheinenden Sicherungsübereignungen gänzlich zu verbieten, dagegen dem ausgesprochenen Bedürfnis, die Härten des Verbots der Mobiliarhypothek zu mildern, dadurch zu entsprechen, daß er den in Betracht kommenden Fällen in der Fahrnisverschreibung bestimmte Bahnen öffnete. Daß dieser Standpunkt de lege ferenda sehr wohl zu billigen ist, ist oben (S. 67) gesagt worden. Dabei ist allerdings die von dem Vorentwurf gewährte unbeschränkte Zulassung des Eigentumsvorbehaltes nicht konsequent.

Anders liegt nun die Sache, nachdem die Mobiliarhypothek — mit der genannten Ausnahme — wieder abgeschafft ist. Ein Äquivalent dafür besteht nicht. Durch die weitere Einschränkung des Eigentumsvorbehaltes wäre nun allerdings der Gesetzgeber den oben (S. 71) genannten Anforderungen, bei Ausschluß der Mobiliarhypothek und der Sicherungsübereignung auch constitutum possessorium und Eigentumsvorbehalt unschädlich zu machen, nachge-

[1]) AStenBull. 1906 S. 1352.

[2]) Erl. Bd. 3 S. 315. So nennt auch das oben S. 70 Anm. 2 zitierte Urteil den Eigentumsvorbehalt „eine Art Mobiliarhypothek“.

[3]) s. oben S. 75.

kommen.[1]) Ist nun aber auch dem unbestrittenen Bedürfnisse, in gewissen Fällen dingliche Sicherung an Mobilien ohne Aufgabe des Gewahrsams zu gewähren, Genüge getan, indem jetzt außer dem Faustpfand der Eigentumsvorbehalt das einzige Mittel einer solchen Sicherung darstellt, oder ist nicht vielmehr dadurch, daß man das Bedürfnis nach Geschäften zu „allgemeinen Sicherungszwecken" verneinte, ein großer Teil von der Härte der Faustpfandbestimmungen geblieben? U. E. ist eben der Zweck der Mobiliarhypothek, „die Kreditgewährung zu erleichtern", durch den Eigentumsvorbehalt, nicht in gleicher oder sogar besserer Weise erreicht, wie dies durch die Sicherungsübereignung geschieht.[2]) Es bliebe der Praxis überlassen, die Frage zu beantworten, ob auf diesem Wege das geeignete Mittel zu diesem Zwecke gefunden ist.

§ 12.

Fiduziarische Zession.

Die Übertragungen von Forderungen zum Zwecke der Einziehung oder der Sicherung des Zessionars begegnen dem Richter häufig. Auch diese Art des fiduziarischen

[1]) Einen ganz anderen Standpunkt nahm die Kommission zum BGB. ein, welche von einer gesetzlichen Beseitigung der Sicherungsübereignung absah, weil die Gläubiger überhaupt nicht berechtigt seien, sich darauf zu verlassen, daß alle im Besitze des Schuldners sich befindlichen Sachen diesem auch gehören; s. oben S. 67 Anm. 3.

[2]) Dies hat aber Bundesrat Brenner in den Verhandlungen des Ständerates (AStenBull. 1906 S. 1355) behauptet. Oder könnte die Praxis den Umweg des Kaufes und Rückkaufes unter Eigentumsvorbehalt einschlagen? Darin wäre keine Gesetzesumgehung zu erblicken, da das die Sicherung gewährende Mittel nun gesetzlich festgelegt ist. Dagegen wäre die einfache Übertragung und sofortige Rückübertragung des Besitzes zur Eigentumsübertragung zwecks Sicherung, wie sie die Mot. z. BGB. (Bd. 3 S. 335) sich dachten, eine Umgehung des nunmehr festgelegten const. poss.

Rechtsgeschäftes ist als Simulation bekämpft worden.[1]) Daß dieser Standpunkt unrichtig ist, sowie daß die fiduziarische Zession infolge der abstrakten Natur der Übertragung obligatorischer Rechte zulässig ist, ist oben (S. 11 f., 15 f.) schon besprochen worden. Die Zession ist eben, wie die Tradition körperlicher Sachen, eine Form, „welche zur Erreichung verschiedenartiger Zwecke des rechtlichen Verkehrs in Anwendung gebracht werden kann".[2]) Wie bei der Übertragung dinglicher Rechte ist auch hier zwischen der Abtretung und deren Rechtsgrund zu unterscheiden, wobei trotz mangelhafter causa das Recht doch übergehen kann.

Da dem Zessionar die Gläubigerrechte nur nach außen übertragen werden sollten, sondert der Zedent, dem sie im internen Verhältnis gehören, die Forderung im Konkurse des Zessionars aus.[3])[4])

[1]) So hat die Vorinstanz zu dem Urteil des BG. 32 II N. 114 bei Zession zum Inkasso die Einrede der Simulation zugelassen. Demgegenüber wirft das BG., welches diese Entscheidung nicht überprüfen kann, da es sich um die Anwendung französischen Rechtes handelt, die Frage auf, ob es sich nicht statt um simulierte Zession um ein fiduziarisches Geschäft, d. h. um ernst gemeinte Zession zu Inkassozwecken handle (Erw. Bd. 5 S. 825). Hellwig a. a. O. S. 391 nimmt Gesetzesumgehung bezüglich der Bestimmungen über die Verpfändung von Forderungen an, wenn die Forderung, statt verpfändet zu werden, fiduziarisch übertragen wird. Nach Stammler (Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren 1897 S. 194 ff.) ist die fiduziarische Zession nach dem BGB. unzulässig; vgl. dazu Weinberger S. 415; Wienstein S. 248 ff.; Riedel S. 512 Anm.

[2]) BG. 26 II 544; BG. 24 II, 924; ebenso Rehbein, BGB. Bd. 1 S. 128; Dernburg, B. R. Bd. 2 § 135 IV; Planck Bd. 1 § 117 N. 3; Crome Bd. 1 S. 334; Riedel (S. 512 Anm.) sagt: In den Motiven ist die fiduziarische Zession geradezu anerkannt; Weidemann, DJZ. 1906 S. 1000 ff.

[3]) Jaeger, KO. § 43 Anm. 22; Dernburg a. a. O., allerdings gemäß seiner schon oben (S. 24) genannten Auffassung, daß das „formale Recht" des Zessionars die Gläubiger ohne Grund zum Nach-

Die Praxis hat ebenfalls ausgesprochen, daß der Sicherungszweck allein noch nicht ausschließt, daß wirklich Abtretung gewollt war, und sie hat die Gültigkeit der cessio securitatis causa anerkannt.[1])

§ 13.

Fiduziarische Übertragung von Immobilien.

Dem Fiduzianten wird die Aussonderung des fiduziarisch aufgelassenen Grundstücks im Konkurse des Fiduziars zugebilligt, wobei der Fiduziant Zustimmung zur Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB. verlangen kann.[2]) Praktische

---

teile des „materiell Berechtigten" bereichern würde. Das zitierte Urteil des BG. (26 II, 544) sagt deutlich, daß der Zessionar „nach außen hin an Stelle des ... (Zedenten) in dessen Gläubigerrechte eingesetzt werden solle, um sich nötigenfalls schadlos halten zu können". — Die hier vertretene Ansicht fand auch schon in der Reichstagskommission zur KO. Anhänger (Hahn, Prot. S. 542).

[4]) Die Auffassung, daß infolge fiduziarischer Übertragung des Gläubigerrechtes nur Legitimation des Zessionars bewirkt werde, findet sich u. a. bei Wieland a. a. O. S. 363; RG. Bd. 25 S. 210; DJZ. 1903 S. 273 (Urteil v. 8. 2. 1903). — Gegen die Aussonderung Endemann, B. R. Bd. 1 § 151 und Schöninger, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 96 S. 173, 177.

[1]) So sagt z. B. BG. 26 II S. 147: „Der Sicherungszweck schließt an sich nicht aus, daß der Wille der Kontrahenten wirklich auf eine Abtretung gerichtet sei". Doch gelangt dieses Urteil zur Annahme der Simulation wegen verschiedener tatsächlicher Umstände, in bezug auf welche an das oben (S. 75ff.) bei den analogen Erscheinungen der Sicherungsübereignungen Gesagte zu erinnern ist, so z. B. betr. Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung — RG. Bd. 37 S. 106, Bd. 31 S. 392; Seufferts Arch. Bd. 22 N. 34.

[2]) Jaeger, KO. § 48 Anm. 23; Weinberger S. 432, 4; Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechts, Stuttgart 1903, S. 118; RG. Bd. 45 S. 80 (vgl. oben S. 23f.). Zu dem Vorhalte, daß ein solches Eigentum, das nicht aus dem Grundbuche ersichtlich sei, gegen den öffentlichen Glauben des Grundbuchs verstoße, sagt das oben (S. 37) zitierte Urteil des OG. Zürich (S. 275), daß dieser öffent-

Fälle werden wohl hauptsächlich solche sein, in denen ein Grundstück zur Verwaltung anvertraut wird.

Auf die theoretische Erörterung der Frage nach schweizerischem Rechte kann hier nicht eingegangen werden, da, wie oben vorausgeschickt wurde, nur das bestehende schweizerische Bundesrecht Berücksichtigung findet. Das Immobiliarsachenrecht gehört aber noch der kantonalen Gesetzgebung an.[1] [2])

---

liche Glaube allerdings zugunsten des gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Verkehrs wirke, nicht aber zugunsten von Rechten, welche durch die Zwangsvollstreckung erworben werden. Durch die Pfändung oder Konkurseröffnung entstehen nicht neue Rechte, nicht privatrechtliche Ansprüche an den Sachen.

[1]) Immerhin sei hier an das zitierte Urteil des Zürch. OG. erinnert, welches, allerdings in Anlehnung an RG. Bd. 45 S. 84 ff. (s. oben Anm. 2), dem Fiduziar einen obligatorischen Aussonderungsanspruch an dem auf den Pfändungsschuldner gefertigten Grundstück gewährt und diesen auch für den Fall des Konkurses erwähnt.

[2]) Über zwei weitere Fälle, welche Jaeger (KO.) unter den Begriff der fiduziarischen Geschäfte stellt, nämlich das Recht des Vorerben an den Erbschaftsgegenständen sowie den Fall des Sammelvermögens, s. § 43 Anm. 23, 24.

2. Teil.

Die Regelung fiduziarischer Rechtsübertragungen durch Art. 201 SchKG.

§ 14.

Die Stellung des Art. 201 zu unserer Konstruktion.

Art. 201 SchKG. lautet:

> Wenn sich in den Händen des Gemeinschuldners ein Inhaberpapier oder ein Orderpapier befindet, welches ihm bloß zur Einkassierung oder als Deckung für eine bestimmt bezeichnete künftige Zahlung übergeben oder indossiert worden ist, so kann derjenige, welcher das Papier übergeben oder indossiert hat, die Rückgabe desselben verlangen.

Damit gehört das schweizerische Konkursgesetz zu denjenigen Gesetzen, welche zur Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte Stellung genommen haben.[1])

Die Vorschrift dieses Artikels drängt uns die Frage auf, ob sich daraus die Stellungnahme des Gesetzgebers zu dem fiduziarischen Rechtsgeschäfte ersehen lasse, m. a.W. ob der Gesetzgeber, wenn er den Rechtsübergang annahm, trotz desselben durch positive Vorschrift eine Ausnahme statuieren wollte, indem er trotz Eigentums des Fiduziars Aussonderung gewährte, oder ob er in Anwendung einer Theorie, welche zu dem von uns erhaltenen Resultate ge-

---

[1]) Eine Aufzählung dieser Gesetze findet sich bei Weinberger a. a. O. S. 423.

langt, dieselbe in der genannten Vorschrift für zwei spezielle Arten von Wertpapieren besonders aussprechen wollte.[1])

Bei der Beantwortung dieser Frage mag zunächst die Herkunft des Artikels Berücksichtigung finden. Derselbe hatte im 1. Entw. folgende Fassung[2]):

> Wechsel, Handelspapiere und andere Forderungstitel, welche dem Gemeinschuldner nur zur Einkassierung oder mit der ausdrücklichen Bestimmung, daß sie zur Deckung bestimmt bezeichneter künftiger Zahlungen dienen sollen, sind übermacht worden, sind herauszugeben, wenn sie zur Zeit der Konkurseröffnung noch unbezahlt bei dem Gemeinschuldner oder dessen Vertreter vorhanden sind.

Unzweifelhaft ist diese Bestimmung der preußischen Konkursordnung v. 8. 5. 1855, mit deren § 24 sie im wesentlichen übereinstimmt, entnommen. Heusler, der Redaktor des ersten Gesetzentwurfs, weist ausdrücklich auf die Berücksichtigung des „hochangesehenen preußischen Gesetzes" namentlich bezüglich des „materiellen Konkursrechtes" hin.[3]) Außerdem sagt Heusler, daß dies ein stehender Artikel der neueren Gesetzgebung sei. Hierbei mag auch auf den Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts von 1864 gesehen worden sein, welcher in seinem Art. 475 die genannte Bestimmung ebenfalls aufgenommen hatte.[4])

---

[1]) Es sei hier bemerkt, daß außer den Ausführungen der im folgenden zitierten drei Komm. z. SchKG. u. W. weder theoretische Abhandlungen noch Gerichtsentscheide bestehen, welche sich mi diesem Artikel befassen würden.

[2]) § 109 des „Kommissionsentwurfs" vom Mai 1874 (Bern 1874).

[3]) Motive zum Kommissionsentwurfe S. 101.

[4]) Entwurf der Kommission, welchem der von Munzinger in Bern verfaßte Entwurf zugrunde lag (Bern 1864). Die Motive zu dem Entwurfe, welche Munzinger im Auftrage des schweizerischen Justizdepartements verfaßt hatte (Bern 1865), weisen ebenfalls auf die Berücksichtigung der preuß. KO. hin (S. 456). Dieses HGB. gelangte nicht zur Ausführung.

Nun zeigt allerdings die Vergleichung der Gründe, welche die Gesetzgeber zu der Aufnahme dieser Vorschriften bestimmt haben, eine teilweise Verschiedenheit.

Die preußische Konkursordnung begründet die Aufnahme damit, daß man „von einem Vindizieren von Wechseln, Handelspapieren und anderen Urkunden nicht wohl sprechen kann", daß die allgemeinen Grundsätze die Rückforderung nicht gestatten würden. Außerdem hielt man sie durch das Bedürfnis des Handelsverkehrs für geboten.[1])

Die Richtigkeit der ersten Erwägung haben nun schon die Motive zur Reichskonkursordnung bestritten und dazu bemerkt, daß Art. 853 des code de commerce, welchem § 24 preuß. KO. seinerseits entnommen ist, eine Anwendung der unbestrittenen allgemeinen Grundsätze sein sollte, nach welchen die Rückgabe stattfindet, und daß die Vorschrift nur in Anbetracht der Wichtigkeit und Häufigkeit der Fälle, nicht aber als eine Ausnahmsvorschrift aufgestellt wurde.[2])

Die erste Erwägung, welche zur Aufnahme der preußischen Bestimmung geführ that, scheint nun allerdings die Redaktoren der genannten schweizerirchen Gesetze nicht mitbestimmt zu haben. Heusler[3]) steht auf dem Standpunkte, daß bei Wertpapieren, welche nur zur Einkassierung übertragen worden sind, Eigentum nicht übergegangen ist. Munzinger, der Redaktor des Entwurfs eines schweizerischen Handelsrechts, sagt nur, daß durch die Aufnahme der Vorschrift „Bequemlichkeit und Raschheit des Verkehrs" gewinnen würden.[4]) Das Interesse des

---

[1]) A. Wentzel und E. Klose, Die preuß. KO. v. 8. 5. 1855, Berlin 1855. Ebenso der „Entwurf eines HGB. für die preußischen Staaten", Berlin 1857, Motive zu Art. 724. Gegen die erste Erwägung wendet sich auch Koch, Die preuß. KO., Berlin 1855, S. 32.

[2]) Hahn, Mot. S. 162.

[3]) Heusler, Mot. S. 119.

[4]) Mot. S. 456.

Handelsverkehrs hat aber unzweifelhaft auch bei der Aufnahme der Heuslerschen Bestimmung mitgewirkt, wie dies ja auch ein Hauptmotiv der für Heusler vorbildlichen preußischen Konkursordnung war. Dies zeigen die von ihm angeführten Beispiele.[1])

Die Absicht des 1. Entw. zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs war also offenbar die des französischen Gesetzes, d. h., in Anbetracht der Wichtigkeit der Fälle für den Handelsverkehr in der Vorschrift die Anwendung des allgemeinen Grundsatzes auszudrücken, daß hier Eigentum nicht übergehe.[2])

Es ist nun allerdings der Wortlaut des Gesetzes ein anderer geworden, indem statt „Wechseln, Handelspapieren und anderen Forderungstiteln“ [3]) nur Order- und Inhaberpapiere unter die Vorschrift gestellt wurden. Hierbei ist zugleich zu bemerken, daß u. W. authentisches Material aus der Hand des Gesetzgebers, welches uns über diese Änderung Aufschluß geben würde, nicht vorhanden ist; dagegen kann einem privaten Vorschlage Berücksichtigung geschenkt werden, welcher — obgleich dies u. W. amtlich nicht festgelegt ist — die Änderung veranlaßt hat. Es betrifft dies einen Vorschlag aus dem Kreise schweizerischer Juristen, welchen der Gesetzentwurf v. 10. 2. 1888

[1]) Nämlich: Indossierung von „Wertpapieren oder Wechseln“ zur Einkassierung, Ausstellung eines neuen Wechsels vor Verfall eines anderen, an dessen Stelle der neue treten soll, bei Konkurseröffnung in der Zwischenzeit. Heusler erwähnt einen solchen Fall, in welchem der Betreffende für beide Wechsel auf Zahlung belangt wurde. — Dies muß auch der Grund gewesen sein, warum nur Forderungen (Handelspapiere) genannt wurden, während z. B. körperliche Sachen keine Berücksichtigung fanden.

[2]) Dies war offenbar auch die Absicht Munzingers (oben S. 91 Anm. 4), welcher zur Begründung seiner Vorschrift nur die praktischen Vorteile für den Verkehr anführt.

[3]) Diese Heuslersche Fassung blieb bis zum Entwurfe v. 10. 2. 1888.

nach der zweiten Beratung vom Eidgenössischen Justizdepartement zur „redaktionellen Bereinigung“ vorgelegt wurde.[1]) Der Verfasser dieses Vorschlages sagte: „Daß eine gewöhnliche Forderung, welche dem Schuldner zum Inkasso usw. übergeben ist, nicht zu seinem Vermögen gehört, versteht sich von selbst. Die Frage, um welche es sich handelt, ist die, ob ein Order- oder Inhaberpapier, welches dem Schuldner zu den genannten Zwecken indossiert oder übergeben worden ist, sein Eigentum ist oder nicht“.

Bei der Würdigung dieser Erwägung de lege lata ist davon auszugehen, daß ihr, zusammen mit den übrigen älteren Materialien, nach dem oben (S. 30 ff.) Gesagten nicht die Bedeutung von verbindlichen Äußerungen des Gesetzgebers über seine Absichten beigemessen werden kann, auch wenn man sich bezüglich der letzten Änderung darüber hinwegsetzen wollte, daß dieser Vorgang offiziell nicht festgelegt wurde.[2]) Dieses Material kann nicht zu authen-

---

[1]) Weber u. Brüstlein, Vorwort S. XIII, mit den Namen dieser Juristen. Die Sammlung dieser „Bemerkungen und Anträge zur redaktionellen Bereinigung“ findet sich, leider nur handschriftlich, im Archiv des schweizerischen BG. in Lausanne, wo sie mir zur Verfügung gestellt wurde. Daß der genannte Vorschlag zum § 127 II, welcher von Dr. C. Stehlin, Prof. in Basel, aus dem Jahre 1888 stammt, die „redaktionelle“ Änderung satsächlich veranlaßt hat, wurde mir von Herrn Rechtsanwalt Dr. Brüstlein in Bern, welcher als beständiges Kommissionsmitglied mit dem Entwicklungsgange des Gesetzes aufs innigste vertraut ist, gütigst mitgeteilt. — Aus dieser Sammlung ist noch bemerkenswert eine Ausführung vom Ständerat Haberstich, welcher sagt, daß, trotzdem die genannten Gegenstände „an und für sich in die Konkursmasse gehörten“, sie nicht zu derselben gezogen werden, „weil dies materiell ungehörig wäre“.

[2]) Hier sei zugleich das Bedauern darüber ausgesprochen, daß die schweizerische Bundesgesetzgebung es daran hat fehlen lassen, die Arbeiten der gesetzgebenden Faktoren — außer den Verhandlungen der Bundesversammlung, welche als solche gesammelt

tischer Interpretation verwendet werden, sondern nur der freien wissenschaftlichen Würdigung unterliegen.

Hierbei ist nun allerdings unverständlich, warum der Gesetzgeber eine Teilung vorgenommen hätte in „gewöhnliche Forderungen" einerseits, von denen selbstverständlich sei, daß sie in den genannten Fällen nicht in das „Vermögen" des Gemeinschuldners übergegangen sind,[1]) und in Order- und Inhaberpapiere andererseits, bei denen der Rechtsübergang fraglich sei (welche Frage dann durch die Bestimmung des Gesetzes entschieden sein sollte).

Es ergibt sich aber zum mindesten nicht, daß durch die Änderung die Rechtsübergangsfrage verneinend beantwortet werden sollte. Denn wollte man annehmen, daß implicite diese Frage für Order- und Inhaberpapiere entschieden sein sollte, so wäre dies aus den Worten: „ob ... Eigentum übergegangen ist oder nicht" und der Antwort des Gesetzes, daß Rückforderung gewährt werde, in bejahendem Sinne zu entscheiden. Oder es wollte der Gesetzgeber die Rechtsübergangsfrage selber nicht entscheiden und nur eine singuläre Bestimmung aufstellen, womit dann aber der Frage der Übertragung anderer Werte nicht vorgegriffen wäre.

So kommen wir also zu dem Ergebnisse, daß weder der Verfasser des ursprünglichen noch der Verfasser des späteren Artikels die Absicht hatte, durch Aufstellung der Vorschrift die Rechtsübergangsfrage verneinend zu beantworten.

Damit kommen wir nun auch zu der Frage, ob es

---

werden — nicht nur zu veröffentlichen, sondern überhaupt zu sammeln. Dieser Mangel, der hier bei dem Fehlen sonstiger theoretischer Erörterungen der Frage besonders empfindlich ist, kommt im SchKG. sowie im OR. stets zur Geltung.

[1]) Bemerkung von Stehlin. Daß hier „Vermögen" im juristischen und nicht in dem oben (S. 23 f.) angeführten wirtschaftlichen Sinne aufgefaßt ist, zeigt das Wort „Eigentum" im folgenden.

dem Gesetzgeber gelungen ist, klarzustellen, daß er, ohne über das Prinzip zu entscheiden, die Rückforderung nur bezüglich gewisser Kategorien von Gegenständen besonders festgelegt hat, oder aber, ob aus der Vorschrift argumento e contrario gefolgert werden muß, daß das Gesetz, weil es das Rückforderungsrecht ausdrücklich auf die von ihm genannten Wertpapiere beschränkt hat, auf dem Boden stehe, „daß an diesen Papieren der Gemeinschuldner durch die Übertragung Eigentum erworben habe".[1]) M. a. W., wollte das Gesetz durch Nennung dieser Werte die Rückforderung der übrigen ausschließen, indem es hier, vom Rechteübergang ausgehend, eine Ausnahmevorschrift aufstellte?

Mit letzterer Annahme wären dann die Befürchtungen erfüllt, welche die Reichstagskommission abgehalten hatten, den von Goldschmidt beantragten § 35 KO. (oben S. 26f.) aufzunehmen, und es würde sich damit bewahrheiten, daß, wie dort gesagt wurde, der Satz „superflua non nocent" für den Gesetzgeber nicht gelte.[2]) Die Haupterwägung, welche dort zur Ablehnung der Vorschrift geführt hatte, war ja gewesen, daß dieselbe ihre Tendenz, nicht eine Ausnahme des § 35, sondern eine Exemplifikation desselben darzustellen, nicht oder doch nicht genügend erkennen lasse, und daß die Bestimmung wegen der Möglichkeit des Schlusses, es sollen die nicht genannten Gegenstände von der Aussonderung ausgeschlossen sein, nicht nur überflüssig, sondern auch gefährlich würde.[3]) Durch

[1]) Der letztere Schluß findet sich bei C. Jäger Art. 201 N. 3.

[2]) Hahn, Prot. S. 663 (von Vahl); so sagt C. Jäger a. a. O.: „sonst wäre der Artikel überflüssig gewesen"; s. dazu unten S. 98.

[3]) Hahn, Prot. S. 662. Hagens sagte, die Vorschrift sei gefährlich, „weil jeder etwas anderes dahinter suchen werde"; vgl. a. a. O. S. 622, 664, 541, 543, 619. Es wurde sogar die Ansicht geäußert, daß die Fassung: „welche nur behufs der Einziehung . . . übertragen worden sind", nicht nur nicht genügend erkennen lasse, daß

die Vorschrift sollte die klare Situation, daß Rückforderung stattfinde, wenn das Eigentum nicht übergegangen sei, getrübt sein. Man hielt den Nutzen der Vorschrift für zu gering gegenüber den Verwirrungen, welche sie herbeiführen könne, obschon man die in ihr liegende nützliche Mahnung, beim Wechsel stets die Absicht zu prüfen, anerkannte.[1])

Es steht aber u. E. der Art. 201 der Auffassung nicht entgegen, daß er nur eine Anwendung des hier ausgeführten Prinzips darstelle. Wollte man sich auch über die Entstehungsgeschichte, welche, wie gezeigt, zum mindesten nicht das Gegenteil dieser Auffassung ergibt, hinwegsetzen, so liegen doch noch keine Tatsachen vor, welche den gegenteiligen Schluß erforderlich machen würden. Derselbe ergäbe sich nur, wenn man aus dem Art. 201 auf die Auffassung des Gesetzgebers zurückschließen würde, derselbe sei vom Eigentumsübergang ausgegangen.[2]) Nur so könnte sich dieser Schluß gestalten, daß gesagt würde, trotz Eigentumsüberganges wird die Rückforderung gestattet; nicht aber kann in dieser konkursrechtlichen Vorschrift eine

es sich um das Vollgiro zum Inkasso handeln solle, sondern daß dieselbe sich geradezu bloß auf den Wechsel mit Prokuragiro beziehe (a. a. O. S. 534). U. E. kann aber letztere Erwägung nicht in Betracht kommen.

[1]) Hahn, Prot. S. 663; daß solche Verwirrungen vorauszusehen seien, glaubte man um so mehr annehmen zu müssen, als schon mit § 24 preuß. KO. „schlechte Erfahrungen gemacht" wurden (a. a. O. S. 664).

[2]) Dies tut C. Jäger Art. 201 N. 3, indem er sagt, daß das Gesetz auf dem Boden stehe, daß Eigentum übergegangen sei, da die Rückforderung auf die genannten Gegenstände „ausdrücklich ... beschränkt" sei, während er es als mit dem Gesetzestexte unvereinbar erklärt, das Recht auch auf andere Papiere „auszudehnen". Letzteres hat übrigens v. Salis (Weber u. Brüstlein Art. 201 N. 4) nicht getan, sondern er sagt, daß bei Papieren, die nicht Order- und Inhaberpapiere sind, Art. 201 nicht zur Anwendung komme (vgl. unten S. 100 Anm. 3).

direkte Beantwortung der Eigentumsfrage gefunden werden. Das Gesetz nennt eben (arg. e contrario Art. 197 I) als auszusonderndes Vermögen nur solches, welches dem Gemeinschuldner nicht „angehört", und überläßt die Bestimmung desselben ganz dem übrigen Rechte.

Zu einer derartigen induktiven Lösung der Eigentumsfrage, nach welcher aus dem Art. 201 auf die Voraussetzung des Eigentumsüberganges geschlossen würde, kann also eine so einzelstehende Vorschrift wie die genannte nicht Anlaß geben. Sie hätte, abgesehen davon, daß sie die Entstehungsgeschichte des Gesetzes gegen sich hat, ihre einzige Stütze in dem Wortlaute der Vorschrift. Sie kann aber, da sie nur dem Konkursrechte angehört, zu dem genannten Schlusse nicht ausreichen gegenüber der Erwägung, daß der Wortlaut des Artikels der hier vertretenen Ansicht, welche die Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte allgemein bejaht und darnach die Frage deduktiv löst, nicht entgegensteht.

Darnach erübrigt es sich auch, auf die Erwägung einzutreten, nach welcher die gegenteilige Ansicht aus dem Gedanken sich ergibt, daß bei der hier vertretenen Auffassung die Bestimmung überflüssig wäre.[1])

Dieser Auffassung steht auch die Tatsache nicht entgegen, daß das Gesetz außer Orderpapieren auch Inhaberpapiere nennt. Es bleibt ja allerdings de lege ferenda unverständlich, warum die letzteren bezüglich der Übertragung von anderen beweglichen Sachen, welchen sie hierin doch gleichstehen,[2]) ausgenommen und mit den Order-

---

[1]) Diese Erwägung findet sich bei C. Jäger Art. 201 N. 3 a. E. Eine Stütze der hier vertretenen Auffassung gibt auch der Wortlaut des Artikels in dem Worte „nur", welches auf die Voraussetzung schließen läßt, daß nach dem Willen des Gesetzes der Tradent die Absicht, Eigentum zu übertagen, nicht gehabt haben darf (vgl. Hahn, Prot. S. 661).

[2]) Dies ergibt sich aus Art. 197 OR., welcher für die Übertragung

papieren unter eine Vorschrift gebracht sind. Doch ist in Betracht zu ziehen, daß das Bedürfnis der Aufnahme einer positiven Vorschrift für den Handelsverkehr stets besonders betont wurde, wie denn auch die preußische Konkursordnung von „Handelspapieren“ sprach.[1])

Dagegen läßt sich sehr wohl verstehen, warum der Gesetzgeber eine ausdrückliche Vorschrift bezüglich der Orderpapiere aufgestellt hat. Es ist oben (S. 42) von der kaufmännischen Sitte, zum Inkasso voll zu indossieren, gesprochen worden.[2]) Es wurde dort auch dargelegt, daß bei Negierung der Transportfunktion des Indossaments sich die Aussonderung im Konkurse des fiduziarischen Indossatars ohne weiteres ergibt. Solange aber diese Voraussetzung

---

von Inhaberpapieren auf die „besonderen Vorschriften“ des Gesetzes verweist. Als solche kommen aber nur die Bestimmungen über den „Übergang des Eigentums an Mobilien“ (6. Titel Abschn. 1) in Betracht; Hafner, OR. Art. 197 N. 2, Art. 199 N. 3; Schneider u. Fick Art. 637 N. 6. In den ersten Entwürfen des OR. dagegen war ausdrücklich gesagt, daß die Vorschriften über den Eigentumsübergang an Mobilien auch für Inhaberpapiere gelten. Den Grund dafür, daß diese Bestimmung fallen gelassen wurde, sieht Rahn (Über Inhaberpapiere nach dem schweiz. OR. und über solche mit Realsicherheit im allgemeinen, Diss. Zürich 1896, S. 10) darin, daß man sie als überflüssig erachtete. Dabei ergibt sich dann allerdings die Frage, warum dann Art. 210 OR. (Faustpfand) ausdrücklich bewegliche Sachen „oder ... Inhaberpapiere“ nennt.

[1]) Ebenso § 109 des Heuslerschen Entwurfs (oben S. 91). Dieser Ausdruck wurde allerdings mit Recht als undeutlich empfunden (Goltdammer, Komm. und vollständige Mat. zur KO. v. 8. 5. 1855, Berlin 1858, zu § 24 S. 113). Auch C. Jäger (a. a. O. N. 3) verneint de lege ferenda das Bedürfnis, die Vorschrift auf die genannten beiden Kategorien von Wertpapieren zu beschränken. Dr. K. Burkhardt, Basel, hatte in der oben (S. 94 Anm. 1) genannten Sammlung (N. 3) vorgeschlagen, statt Inhaberpapiere „Wertpapiere“ zu sagen.

[2]) Hahn, Prot. S. 543. Daselbst bestritt v. Sarwey für den nichtkaufmännischen Verkehr das Bedürfnis der Aufnahme einer Bestimmung; vgl. S. 621, 661; Wentzel u. Klose a. a. O. S. 114.

der Aussonderung noch so bestritten ist, wie dies in Wirklichkeit geschieht, ist ein Bedürfnis, die Frage für die Aussonderung, welche ja wohl die wichtigste Konsequenz der Rechtsübergangsfrage bedeutet, zu entscheiden, nicht abzustreiten, auch wenn von der Negation der Transportfunktion ausgegangen wird.[1]) Ohne daß natürlich eine solche positive Vorschrift Voraussetzung der Aussonderung sein soll, wird sie doch in Ansehung der Wichtigkeit der Frage bezüglich indossabler Papiere deren Anwendung erleichtern. So hatte auch Goldschmidt in der Reichstagskommission zur Konkursordnung seinen Antrag, nachdem dieser zweimal abgelehnt worden war, auf indossable Urkunden beschränkt, indem er im Hinblick auf deren „besondere Natur" ein Bedürfnis der Klarstellung hervorhob.[2])

U. E. genügt also Art. 201 nicht, um auf die einen Rechtsübergang verneinende Auffassung des Gesetzgebers zurückschließen zu können.[3]) Die Vorschrift läßt sich eben

---

[1]) Bernstein sagt zur „Revision der WO.", daß das Vollgiro zum Inkasso der gesetzlichen Regelung bedürfe (DJZ. 1901 S. 83).

[2]) Hahn, Prot. S. 659, 662.

[3]) So sagt auch der Komm. von Weber u. Brüstlein Art. 201 N. 4, daß bei Papieren, die nicht unter den Begriff der Order- und Inhaberpapiere fallen — auch bei solchen, die nicht den Charakter eines Wertpapieres haben —, Art 201 nicht zur Anwendung komme, daß aber trotzdem „malgré de silence de la loi" (französische Ausgabe von Brüstlein et Rambert N. 4) die Rückgabe eines solchen Papieres stattzufinden habe, da es „nicht dem Gemeinschuldner voll und ganz abgetreten worden ist"; „denn dasselbe gehört nicht dem Gemeinschuldner, ist nicht Bestandteil der Konkursmasse". Nachdem damit die hier vertretene Auffassung über die Aussonderung solcher Werte ausgedrückt ist, indem die im Gesetze nicht genannten Papiere nach allgemeinen Grundsätzen sollen zurückgefordert werden können, bleibt die Bemerkung dieses Komm. (Art. 201 N. 8) unverständlich, welche sagt: „Die Bestimmung hat nicht zur Folge, daß bei jeder fiduziarischen Eigentumsübertragung die Aussonderung des Gegenstandes im Konkurse des Fiduziars verlangt werden kann".

doch als eine Spezialisierung der hier vertretenen Ansicht auffassen.

§ 15.

Art. 201 im besonderen.

Es ist noch zu dem Wortlaute des Artikels im besonderen Stellung zu nehmen. Hierbei handelt es sich hauptsächlich um die Interpretation des Ausdruckes „zur Deckung".

C. Jäger[1]) sagt dazu mit Recht: „Diese Fassung ist keine glückliche und läßt die verschiedensten Deutungen zu". Unzweifelhaft ist sie noch aus § 24 preuß. KO. geblieben.[2]) Schon die Motive zur Reichskonkursordnung bezeichneten sie aber als unrichtig[3]) und gefährlich. Sie birgt nämlich die Gefahr in sich, daß auch der Fall eines mit dem Gemeinschuldner abgeschlossenen Kreditgeschäftes einbezogen wird, in Erfüllung dessen die Wechsel usw. als Vorleistung einer von dem Gemeinschuldner bedungenen Gegenleistung hingegeben worden sind. So rechnete auch Munzinger[4]) die Bestellung von Waren unter gleichzeitiger Übersendung von Tratten „zur Deckung des Kaufpreises" hierher. Diese Gefahr wollte Goldschmidt in seinem § 35a beseitigen durch den schärferen Begriff der

[1]) Art. 201 N. 5.

[2]) Auch der „Entw. eines HGB. für die preußischen Staaten" enthielt diese Fassung (Art. 424), ebenso Munzingers Entw. eines schweizerischen Handelsrechts (Art. 475).

[3]) Die Motive weisen hier auf die wohl nach französischem, nicht aber nach preußischem Rechte bestehende Voraussetzung des Gesetzes hin, daß das Geschäft durch Eintritt des Konkurses aufgehoben werde; Hahn, Mot. S. 162; vgl. Mot. z. preuß. Entw. (s. oben Anm. 2).

[4]) Mot. S. 455f. Zur Begründung sind allerdings nur „Bequemlichkeit und Raschheit des Verkehrs" angeführt.

„bloßen Sicherung", welche den Fall einer vom Gemeinschuldner bedungenen Gegenleistung ausschließen sollte.

In der Kommission herrschte damals übereinstimmend die Auffassung, daß für den Fall der Vorleistung die Rückforderung ausgeschlossen sein sollte.[1])

Es ist nun dieser Fall durch restriktive Interpretation des Begriffes „Deckung" auszuschließen, denn in dem genannten Geschäfte ist eine Vorausbezahlung der Kaufgelderschuld zu erblicken, eine Anrechnung auf den Kaufpreis, „nicht nur Sicherung einer künftigen Vertragserfüllung". Dies ergibt für den Käufer nur die Stellung eines Konkursgläubigers, wie wenn er gezahlt hätte: aliud est enim credere, aliud deponere.[2])

Dieser Fall steht eben im Gegensatze zu demjenigen, in welchem bei Übersendung der Wechsel usw. ausdrücklich verabredet wurde, daß die Hingabe derselben nur zur Sicherung für den anderweit zu erlegenden Kaufpreis geschehe.[3])

Ebenso ist in der Übersendung von Papieren auf laufende Rechnung ein bloßes Kreditieren an den Gemeinschuldner zu erblicken, auch wenn der Einsender dem Gemeinschuldner zur Zeit der Übersendung nichts schuldete.[4])

---

[1]) Hahn Prot. S. 541. Doch hielt man in der Kommission auch diese Fassung für gefährlich, indem auch sie zu Unklarheiten führen werde und die Praxis des Unterschiedes sich nicht immer bewußt sein werde; Hahn, Prot. S. 543, 620f., 661, 664.

[2]) Hahn, Mot. S. 162; Weber u. Brüstlein Art. 201 N. 2.

[3]) Hahn, Prot. S. 620.

[4]) Jaeger, KO. § 46 Anm. 9; Hahn, Mot. S. 160; Wächter, WR. S. 530; Dungs bei Gruchot Bd. 32 S. 24 N. 2; ebenso der Entw. eines preuß. HGB. (Mot. zu Art. 724). Dagegen sagt der Komm. von Brüstlein et Rambert Art. 201 S. 277, daß der Satz: que la translation de propriété est une condition de la formation du contrat de compte courant" nicht immer korrespondiere „aux faits et aux usages". „. . . la passation en compte courant . . . n'interdit point de rapporter la preuve exigée par l'art. 201 et n'empêche pas la re-

Daher ist gemäß diesem Grundsatze der Ausdruck „Deckung“ auf die im Gesetz genannten Gegenstände für diesen Fall nicht anzuwenden. Außerdem fehlt die im Gesetze genannte besondere Zweckbestimmung, d. h. die Übersendung „für eine bestimmt bezeichnete künftige Zahlung“.[1])

Schon bei dem Goldschmidtschen Antrage hatten sich Meinungsverschiedenheiten ergeben über den Ausdruck „künftige Zahlungen“. Es handelte sich darum, ob die Übergabe erfolgte zur Sicherung einer künftig von dem Tradenten an den Gemeinschuldner zu machenden Zahlung oder zur Sicherung einer Zahlung, welche der Gemeinschuldner für Rechnung des Übertragenden an Dritte zu machen hat.[2]) Nach Goldschmidt sollte sich sein Antrag auf beide Fälle erstrecken, während gegen die Heranziehung zur Sicherung einer an den Gemeinschuldner zu bewirkenden Leistung Bedenken erhoben wurden.[3])

Der schweizerische Artikel sagte zuerst: „künftige Zahlungsverbindlichkeiten“, wozu bemerkt wurde, diese Worte haben nur den Sinn, „daß die Zugehörigkeit des Wechsels zur Masse präsumiert werden soll, solange nicht der Vindizierende in bestimmter Weise das spezielle Verhältnis nachweist, für welches der Wechsel zur Deckung gegeben wurde“.[4]) Später wurde der Ausdruck „Zahlungsverbindlichkeiten“ durch „Zahlungen“ ersetzt. Dazu wurde ausgeführt, es seien damit nur Titel gemeint, „die zwar, weil nicht bloß zu Pfand, in das Eigentum des Kridars übergegangen

vendication d'avoir lieu. S'il en était autrement, il deviendrait presqu'impossible à un commissonaire et à son commettant de travailler en compte courant“.

[1]) Weber u. Brüstlein Art. 201 N. 3.

[2]) Es bestand auch ein Antrag, zu sagen: „durch den Gemeinschuldner zu leistende Zahlungen“.

[3]) Hahn, Prot. S. 541. Noch deutlicher war die spätere Fassung des dritten Antrags: „für eine . . . von ihm oder an ihn zu bewirkende Leistung“, a. a. O. S. 659; vgl. S. 660, 541 f.

[4]) BBl. 1886 Bd. 3 S. 723 f.

waren, jedoch nachweisbar zu dem bestimmten Zwecke, daß der Empfänger dieselben zur Deckung einer erst später fällig werdenden Verbindlichkeit der Tradenten oder eines Dritten verwenden sollte".[1])

Damit war also nur die Einbeziehung der Sicherung einer durch den Gemeinschuldner zu bewirkenden Leistung beabsichtigt. Ebenso führt der „Bericht der ständerätlichen Kommission"[2]) aus, daß es sich hier „um ein Mandatsverhältnis handelt, kraft dessen der Kridar die übergebenen Papiere zur Leistung einer an Stelle des Deponenten vorzunehmenden, diesem obliegenden Zahlung verwenden soll", daß dagegen „für künftige Zahlungsverbindlichkeiten" hingegebene Papiere nichts weiteres seien als Faustpfänder, welche der Kridar besitzt und die deshalb keiner besonderen Erwähnung bedürfen. Darnach sollte der letztere Fall nicht unter die Vorschrift des Artikels fallen, sondern hier sollte nach allgemeinen Grundsätzen zurückgefordert werden können.

U. E. läßt der allerdings unklare Wortlaut des Gesetzes beide Fälle zu. In der Reichstagskommission zur Konkursordnung wurde mit Recht bemerkt, daß auch, wo eine von dem Gemeinschuldner zu bewirkende Leistung in Frage stehe, es nicht diese Leistung, sondern die ihm dafür zu entrichtende Gegenleistung sei, welche gesichert werden solle.[3])

Nach Jäger[4]) ist ferner das Rücknahmerecht an die „nicht genannte" Bedingung geknüpft, daß im Moment der Konkurseröffnung die betr. Zahlung vom Gemeinschuldner noch nicht gemacht worden ist und nun von ihm infolge des Konkursausbruches nicht mehr gemacht werden kann,

---

[1]) BBl. 1886 Bd. 3 S. 763. Hier wurde der Wunsch geäußert, daß der Gedanke noch deutlicher ausgedrückt werde.

[2]) Vom 13. 11. 1886 (BBl. a. a. O. S. 897).

[3]) Hahn S. 662.

[4]) a. a. O. N. 5, 7.

so daß es unbillig wäre, wenn er bezw. seine Konkursmasse zwar die Deckung behalten, aber die Zahlung nicht oder ungenügend leisten würde". Diese Auffassung war auch in der Reichstagskommission vertreten, wo sie durch die Worte: „bei der Konkurseröffnung unterbleibende Leistung" ausgedrückt werden sollte.[1]) Dagegen wurde mit Recht geltend gemacht, daß durch diese Fassung Fälle ausgeschlossen wären, wie derjenige, wo die zu sichernde Leistung an den Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung erfolgt, das sichernde Papier aber nicht zurückgegeben ist, ebenso der Fall, wo die von dem Gemeinschuldner übernommene Leistung erst nach der Konkurseröffnung vom Verwalter vollzogen worden ist, wonach unter Anerbietung der schuldigen Gegenleistung die Rückgabe des Papiers verlangt wird; ferner wurde gesagt, daß die Leistung überhaupt nicht gerade infolge der Konkurseröffnung zu unterbleiben brauche, sondern auch deshalb, weil die Forderung noch nicht fällig oder wo aus anderen Gründen noch nicht geleistet worden sei.[2])

Es bleibt noch der Fall zu erwähnen, in welchem bei Übertragung von Forderungen nur zur Einziehung letztere durch den Konkursverwalter erfolgt, die einzuziehende Forderung also getilgt ist.

Jaeger[3]) sieht in diesem Falle eine Analogie zu der „Veräußerung" des § 46 Satz 1 KO., wodurch § 46 KO. auf den genannten Fall Anwendung findet, während dagegen die Einziehung einer fremden Forderung als solche noch nicht unter den Begriff der Veräußerung fällt.

Diese Analogie auf Forderungsübertragungen zum Inkasso läßt sich aber auch aus Art. 202 SchKG. entnehmen. Dieser Artikel kommt in seinem praktischen Resultate dem

---

[1]) Hahn, Prot. S. 660; vgl. S. 662 f.
[2]) Hahn, Prot. S. 662.
[3]) KO. § 46 Anm. 9.

§ 46 KO. gleich[1]) und kann auf die fiduziarische Forderungsübertragung ebenfalls Anwendung finden. Dabei steht nichts entgegen, hierher auch die Fälle des Art. 201 zu nehmen, da der letztere Artikel diese Fälle nur so weit ordnet, als sich die Gegenstände noch in den Händen des Gemeinschuldners befinden, während er über den Fall, wo sie weggegeben sind, nicht entscheidet.

Dagegen nennt der Kommentar von Brüstlein et Rambert[2]) noch den Fall, „lorsque les titres ont été livrés à l'escompteur, mais que celui-ci n'en aura pas encore, au moment de l'ouverture de la faillite, fourni les fonds", wobei er eine gewisse Analogie mit Art. 202 konstatiert. U. E. steht der analogen Anwendung des Art. 202 auch auf diesen Fall nichts entgegen, denn der Gedanke des Art. 202 ist ja der, daß es unbillig wäre, wenn bei Veräußerung des fremden Gegenstandes — körperliche Sache oder Forderung — die Masse einen Anspruch auf das noch ausstehende Entgelt hätte, während der Inhaber des Rechts seinen Anspruch mit den übrigen Gläubigern teilen müßte.[3])

---

[1]) vgl. im einzelnen Weber und Brüstlein Art. 202 Anm. 2b, c u. f. Dort ist auch auf § 46 KO. verwiesen (zu Anm. 1). Die „fremde Sache" des Art. 202 kommt den „Gegenständen, deren Aussonderung . . . hätte beansprucht werden können", des § 46 KO. gleich (a. a. O. Anm. 4); Jäger Art. 202 N. 1, 2a, 6. Während § 46 KO. von „Veräußerung" spricht, nennt Art. 202 allerdings nur den wichtigsten Fall des Verkaufs.

[2]) Art. 201 N. 7.

[3]) Aus dieser Erwägung wird auch wohl der Zusatz: „wenn . . . (die betreffenden Papiere) noch unbezahlt bei dem Gemeinschuldner . . . vorhanden sind" (§ 109 des 1. Entw.; s. oben S. 91) fallen gelassen worden sein. — Hier sei noch bemerkt, daß bei Veräußerung durch den Beauftragten im eigenen Namen der Anspruch auf die ausstehende Leistung nicht von selbst auf den Mandanten übergeht (Weber und Brüstlein Art. 202 N. 7; Jäger Art. 202 N. 3), sondern daß gemäß dem oben (S. 38) über Art. 399 OR. Gesagten dieser Artikel nicht Platz greift. Daher findet Art. 202 SchKG. Anwendung.

Eine Einziehung der Forderung (speziell des Wechsels) durch Verkauf, wie sie offenbar der genannte Kommentar auch einschließen wollte („escompteur"), würde übrigens direkt unter Art. 202 fallen.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.